



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 235/2018 – São Paulo, quinta-feira, 20 de dezembro de 2018

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SUBSECRETARIA DA 2ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5017971-58.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO

AUTOR: BANCO VOTORANTIM S.A.

Advogado do(a) AUTOR: FELIPE ROBERTO GARRIDO LUCAS - SP293730

RÉU: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Manifeste-se a autora sobre a contestação da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL).

Int.

Após, conclusos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 3ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5006356-71.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - DES. FED. ANA PEZARINI

AUTOR: JOSEFA PEREIRA BERTOLUCCI

Advogados do(a) AUTOR: MARCIA PIKEL GOMES - SP123177-A, LAILA PIKEL GOMES EL KHOURI - SP388886-A

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Considerando que a parte autora tem idade superior a 60 anos, defiro, nos termos do art. 1.048, inciso I, do NCPC, a prioridade de tramitação pleiteada, observada a ordem cronológica de distribuição dos processos em análoga situação.

Anote-se.

Defiro, ainda, os benefícios da gratuidade de justiça, diante da declaração constante do documento nº 1955718, reafirmada na petição inicial, dispensando a promovente, com fundamento no § 1º, *in fine*, do art. 968, do CPC, do depósito prévio exigido pelo inciso II do mesmo dispositivo.

Cite-se o réu para resposta no prazo de 30 (trinta) dias, observando-se o disposto no art. 183 do CPC.

Intime-se.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5000044-16.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: JOAO ROBERTO DA CRUZ
Advogado do(a) RÉU: LUCIMARA PORCEL - SP198803-N

D E C I S Ã O

O INSS interpôs agravo interno, com pedido de reconsideração da decisão de id. 6750343, aduzindo, em síntese, que referido *decisum* seria nulo, no que tange à retificação do valor da causa e indeferimento da tutela de urgência requerida.

Melhor analisando o feito, verifico que razão em parte assiste à autarquia.

Realmente, em função do quanto estabelecido no artigo 10, do CPC/2015, o valor da causa não poderia ter sido retificado de ofício sem que as partes antes fossem intimadas para sobre tal tema se manifestarem.

Por tais razões, reconsidero a decisão de id. 6750343 no que tange à retificação do valor da causa. Como forma de atender ao disposto no artigo 10, do CPC/2015, determino que as partes sejam intimadas para que se manifestem sobre tal questão - correto valor que deve ser atribuído à causa -, concedendo-lhes, para tanto, o prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, a começar pelo INSS.

No que tange à antecipação da tutela de urgência, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos e oportunamente levarei o agravo de instrumento para apreciação do Colegiado.

P.I.

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5009211-23.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AUTOR: ANTONIO DONIZETI CEZARIO
Advogado do(a) AUTOR: DANIELA CRISTINA FARIA - SP244122-N
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Vistos...

Na ação rescisória a revelia do réu não conduz à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, porquanto o afastamento da coisa julgada somente ocorre em situações excepcionalíssimas, tratando-se, assim, de matéria de natureza constitucional, e, portanto, de ordem pública.

Nada tendo sido requerido pela parte autora, em termos de prosseguimento, concedo às partes o prazo de quinze dias para apresentação de razões finais.

Após, ao MPF para parecer.

Intime-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5005201-33.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI

AUTOR: GERALDO PEREIRA DE SOUZA

Advogado do(a) AUTOR: WILSON MIGUEL - SP99858-A

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Junte o autor os documentos faltantes, referidos pelo INSS em razões finais, no prazo de quinze dias.

Após, decorrido o prazo, certifique-se e abra-se vista ao MPF para parecer.

No retorno, conclusos.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5004479-33.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - DES. FED. ANA PEZARINI

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: ORESTES PIACENZO SOARES

Advogado do(a) RÉU: JOAO CARLOS DA SILVA - SP70067

DESPACHO

Cite-se a parte ré, nos termos do art. 332, § 4º, c/c o § 2º do art. 1.021 do CPC para, querendo, manifestar-se, no prazo de 15 (quinze dias) dias, sobre o agravo interno interposto pelo INSS.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5028224-08.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA

AUTOR: SERGIO AUGUSTO GOULART

Advogado do(a) AUTOR: DANIELA CRISTINA FARIA - SP244122-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

I - À vista do documento nº 7.693.354, defiro ao autor os benefícios da assistência judiciária gratuita, isentando-o, ainda, do depósito a que se refere o art. 968, inc. II, do CPC.

II - Cite-se o réu para que ofereça resposta, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 970, *caput*, do CPC. Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5016992-96.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA

AUTOR: JOVINO RODRIGUES

Advogado do(a) AUTOR: FRANCISCO CARLOS AVANCO - SP68563-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E S P A C H O

Nos termos do Art. 351 do CPC, manifeste-se a parte autora, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre as preliminares arguidas pelo réu, em contestação.

São Paulo, 15 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5001877-69.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - DES. FED. ANA PEZARINI

AUTOR: MARIA APARECIDA HONORATO

Advogados do(a) AUTOR: DANIELE OLIMPIO - SP362778-N, KARINA SILVA BRITO - SP242489-N, THIAGO FUSTER NOGUEIRA - SP334027-N, LUIS

ROBERTO OLIMPIO - SP135997-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Especifiquem, as partes, no prazo de 10 (dez) dias, as provas que eventualmente pretendam produzir, justificando-as.

Intimem-se.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5023585-78.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - DES. FED. ANA PEZARINI

AUTOR: OSMAR SOZIN

Advogado do(a) AUTOR: FERNANDO GONCALVES DIAS - SP286841-S

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Especifiquem, as partes, no prazo de 10 (dez) dias, as provas que eventualmente pretendam produzir, justificando-as.

Intimem-se.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5016983-71.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: MANSUR AUADA

Advogado do(a) RÉU: BERNARDO RUCKER - SP308435-A

ATO ORDINATÓRIO

Fica a parte ré intimada do despacho ID nº 7725440.

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002830-33.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: VALDENIR BRAGA PELAIS

Advogado do(a) RÉU: AUGUSTINHO BARBOSA DA SILVA - SP159063-N

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002830-33.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
RÉU: VALDENIR BRAGA PELAIS
Advogado do(a) RÉU: AUGUSTINHO BARBOSA DA SILVA - SP159063-N

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela provisória, proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com fulcro no Art. 966, V, do Código de Processo Civil, com vista à desconstituição da decisão monocrática proferida pelo então Juiz Federal Convocado Valdeci dos Santos, nos autos da apelação cível nº 2014.03.99.035292-1, por meio da qual deu provimento à apelação da parte autora para conceder-lhe o benefício de aposentadoria por idade rural, a partir de 26.10.2011, data da citação naquela demanda.

A r. decisão transitou em julgado em 10.07.2015 (ID 488918 - pág. 14). Esta ação foi ajuizada em 28.03.09.2017.

A autarquia sustenta, em síntese, que a decisão rescindenda violou o disposto no Art.48, § 1º, da Lei 8.213/91, por conceder aposentadoria por idade a quem ainda não havia preenchido o requisito etário; e que houve ofensa ao Art. 460, do CPC/1973, então em vigência, em razão da prolação de decisão extra petita, dado que a ação subjacente versava apenas sobre o reconhecimento/averbação de tempo de atividade rural, não havendo pedido de concessão de benefício. Requer a antecipação dos efeitos da tutela para a imediata suspensão da execução do julgado e, no mérito, a procedência do pedido para que, em nova decisão, seja decretada a improcedência do pedido deduzido nos autos da ação originária.

Deferi o pedido de antecipação da tutela para determinar a imediata suspensão da execução do julgado (ID 559531).

Em contestação, o réu sustenta que o equívoco na análise da causa foi do julgador, uma vez que pretendida tão somente a averbação de seu tempo de serviço rural, com o objetivo de poder pleitear o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, porém lhe foi concedida erroneamente a aposentadoria por idade, sem que tivesse concorrido para esse desacerto (ID 745507).

Concedi-lhe os benefícios da Justiça gratuita e, por considerar desnecessária a produção de novas provas, determinei o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal, para que oferecesse o seu parecer (ID 984289).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito sem a sua intervenção (ID 1172365).

É o relatório.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002830-33.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
RÉU: VALDENIR BRAGA PELAIS
Advogado do(a) RÉU: AUGUSTINHO BARBOSA DA SILVA - SP159063-N

VOTO

A ação originária foi proposta com o objetivo de reconhecimento dos períodos de atividade rural exercidos nos intervalos de 11.08.1977 a 30.12.1982, e de 10.10.1987 a 16.03.1992, para que surtisse efeitos previdenciários, cumulado com o pedido de expedição da respectiva certidão de tempo de serviço.

Não obstante, a decisão rescindenda, ao apreciar apelação interposta contra a sentença de improcedência proferida naqueles autos, decidiu dar provimento ao recurso para determinar a concessão de aposentadoria por idade ao autor, conforme se infere do excerto que trago à colação:

"Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

A parte autora apelou, requerendo a reforma da r. sentença.

Decorrido o prazo para resposta, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Decido.

O art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator "negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo.

Com efeito, consoante o disposto no artigo 48, § 1º, da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, para a obtenção da aposentadoria rural por idade, é necessário que o homem tenha completado 60 anos e a mulher, 55 anos.

No artigo 142 da mencionada lei consta uma tabela relativa à carência, considerando-se o ano em que o rurícola implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício.

Por sua vez, o artigo 143 do mesmo diploma legal, com redação determinada pela Lei n.º 9.063, de 28.04.1995, estabelece que: "O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício."

Conclui-se, portanto, que para a concessão da aposentadoria por idade rural são necessários apenas dois requisitos: idade mínima e prova do exercício da atividade laborativa pelo período previsto em lei.

Nos termos da Súmula de nº 149 do STJ, é necessário que a prova testemunhal venha acompanhada de início razoável de prova documental, "in verbis": "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

A respeito do tema transcrevo o seguinte julgado do STJ:

(...)

Não se exige que a prova material se estenda por todo o período de carência, mas é imprescindível que a prova testemunhal amplie a eficácia probatória dos documentos, como se verifica nos autos.

No mesmo sentido, transcrevo o seguinte julgado:

(...)

No caso em questão, a parte autora apresentou documentos acostados nas fls. 10/28, os quais constituem início de prova material.

Ademais, é pacífico o entendimento dos Tribunais, considerando as difíceis condições dos trabalhadores rurais, admitir a extensão da qualificação do cônjuge ou companheiro à esposa ou companheira.

Ressalto que não constitui óbice ao deferimento do benefício requerido o fato de a parte autora ou de seu cônjuge ter exercido eventualmente atividade urbana por curto período, ou de ter efetivado recolhimentos na condição de autônomo, considerando que restou demonstrada a predominância da atividade rurícola na maior parte do tempo de sua vida laborativa.

Os depoimentos testemunhais são suficientes para comprovar a atividade rural da parte autora pelo período exigido em lei.

A idade mínima exigida para a obtenção do benefício restou comprovada pela documentação pessoal da parte autora.

Considerando-se que o conjunto probatório comprovou a atividade rural, deve ser concedido o benefício.

A aposentadoria deve corresponder ao valor de um salário mínimo mensal, nos termos do artigo 143 da Lei nº 8.213/91.

O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data da citação (26-10-2011 - fl. 31 verso), ocasião em que a autarquia tomou conhecimento da pretensão.

(...)

Isto posto, nos termos do disposto no §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO A APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, para conceder-lhe o benefício da aposentadoria por idade e fixar os consectários legais nos termos explicitados na decisão".

O Art. 48, § 1º, da Lei 8.213/91, tido por violado, prevê a idade mínima de 60 anos para a concessão de aposentadoria por idade ao trabalhador rural. Por sua vez, o Art. 460, do CPC/1973, em vigor à época do julgado, dispunha ser defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A inicial do feito subjacente evidencia que o ora réu não pretendia a concessão de aposentadoria por idade, mas apenas o reconhecimento de seus períodos de atividade rural. Por outro turno, o RG reproduzido à pág. 14 do documento ID 488928, demonstra, de forma inequívoca, que, quando da prolação da decisão rescindenda, em 27.05.2015 (doc. Num. 488916, Págs. 5/9), o segurado não possuía a idade mínima exigida para a concessão de aposentadoria por idade, pois, tendo nascido em 11.08.1963, contava apenas 51 anos completos.

Dessa forma, restou caracterizada a violação manifesta dos Arts. 48, § 1º, da Lei 8.213/91 e Art. 460, do CPC/1973.

Rescindido o julgado, passo à análise do pedido em sede de juízo rescisório.

O autor originário pleiteia o reconhecimento dos períodos de atividade rural exercidos nos intervalos de 11.08.1977 a 30.12.1982, e de 10.10.1987 a 16.03.1992, cumulado com o pedido de expedição da respectiva certidão de tempo de serviço.

Em relação à atividade rural, para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, o Art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, regulamentado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, em seu Art. 60, inciso X, permite reconhecer, como tempo de contribuição, independente do recolhimento das contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, como tempo de contribuição, o período de serviço sem registro exercido pelo segurado rurícola, anterior a novembro de 1991:

“Lei nº 8.213/91:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

...

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.”

Decreto nº 3.048/99:

“Art. 60. Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição, entre outros:

...

X - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural anterior à competência novembro de 1991;...”

O c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp 1133863/RN, firmou o entendimento quanto a necessidade para a comprovação do desempenho em atividade campesina mediante o início de prova material corroborada com prova testemunhal robusta e capaz de delimitar o efetivo tempo de serviço rural, como se vê do acórdão assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO.

- 1. Prevalece o entendimento de que a prova exclusivamente testemunhal não basta, para o fim de obtenção de benefício previdenciário, à comprovação do trabalho rural, devendo ser acompanhada, necessariamente, de um início razoável de prova material (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 e Súmula 149 deste Superior Tribunal de Justiça).*
- 2. Diante disso, embora reconhecida a impossibilidade de legitimar, o tempo de serviço com fundamento, apenas, em prova testemunhal, tese firmada no julgamento deste repetitivo, tal solução não se aplica ao caso específico dos autos, onde há início de prova material (carteira de trabalho com registro do período em que o segurado era menor de idade) a justificar o tempo admitido na origem.*
- 3. Recurso especial ao qual se nega provimento.*

(STJ, REsp 1133863/RN, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 15/04/2011)”.

Para comprovar o alegado exercício de atividade rural, o autor juntou aos autos cópia da certidão de óbito do seu genitor, falecido em 09.12.1976, qualificado como lavrador (ID 488928 - pág. 9); da certidão de casamento dos genitores, ocorrido em julho de 1948, em que seu pai consta qualificado como lavrador (ID 488928 - pág. 10); de seu certificado de reservista, emitido em 29.12.1981, na qual consta qualificado profissionalmente como "diarista" (ID 488928 - Pág. 11); da carteira de inscrição de seu genitor junto ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Regente Feijó, constando como seu endereço a Fazenda Imaculada Conceição, em Martinópolis, e carimbos no verso registrando o pagamento das mensalidades no intervalo de 09/1972 a 04/1976; dos documentos pessoais (ID 488928 - pág. 13-14); de sua CTPS, em que constam registros descontínuos, como trabalhador rural e como motorista, no intervalo janeiro/1983 a julho/2012 (ID 488928 - págs. 15-18); e de registros de matrícula de imóveis rurais localizados no Município de Martinópolis/SP, em nome de terceiros (ID 488928 - págs. 19/36).

Também em julgamento de recurso representativo da controvérsia, o e. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão no sentido da possibilidade do reconhecimento de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material, conforme julgado abaixo transcrito:

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.*

2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, "não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento" (Súmula 149/STJ).

3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.

4. A Lei de Benefícios, ao exigir um "início de prova material", teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.

5. Ainda que inexistam prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. Os juros de mora devem incidir em 1% ao mês, a partir da citação válida, nos termos da Súmula n. 204/STJ, por se tratar de matéria previdenciária. E, a partir do advento da Lei 11.960/09, no percentual estabelecido para caderneta de poupança. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(STJ, REsp 1348633/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 05/12/2014).

A prova oral produzida em Juízo corrobora a prova material apresentada, eis que as testemunhas inquiridas confirmaram que o autor trabalhou nas lides campestres (IDs 5039287 e 5039292; e IDs 5039977 e 5040384).

Com efeito, a testemunha Adivaldo Pereira Bezerra declarou conhecer o autor desde 1976, e que, no período de 1976 a 1982, trabalharam juntos, como diaristas, para vários empregadores; e que sabe que após tal período o autor continuou a exercer as mesmas atividades, inclusive por que o irmão do depoente também trabalhou com o autor por certo intervalo de tempo.

Por sua vez, a testemunha Jailton Braga Souza também afirmou ter trabalhado junto ao autor, por cerca de 10 anos, até o ano de 1994, realizando vários serviços de natureza agrícola (plantio, colheita e extração de leite, etc), sem registro em CTPS. Declarou ainda que o patrão efetuou o registro somente no final desse período de trabalho, por aproximadamente um ano, informação que se coaduna com a anotação identificada na CTPS do autor, como trabalhador rural, relativa ao interregno de 17.03.1992 a 31.03.1993 (ID 488928 - pág. 17).

A prova testemunhal ampliou a eficácia probatória referente ao período exigido à concessão do benefício postulado.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/91. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. RECONHECIMENTO A PARTIR DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO. DESNECESSIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONJUGADO COM PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL COINCIDENTE COM INÍCIO DE ATIVIDADE URBANA REGISTRADA EM CTPS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se em saber sobre a possibilidade, ou não, de reconhecimento do período de trabalho rural anterior ao documento mais antigo juntado como início de prova material.

2. De acordo com o art. 400 do Código de Processo Civil "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Por sua vez, a Lei de Benefícios, ao disciplinar a aposentadoria por tempo de serviço, expressamente estabelece no § 3º do art. 55 que a comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, "não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento" (Súmula 149/STJ).

3. No âmbito desta Corte, é pacífico o entendimento de ser possível o reconhecimento do tempo de serviço mediante apresentação de um início de prova material, desde que corroborado por testemunhos idôneos. Precedentes.

4. A Lei de Benefícios, ao exigir um "início de prova material", teve por pressuposto assegurar o direito à contagem do tempo de atividade exercida por trabalhador rural em período anterior ao advento da Lei 8.213/91 levando em conta as dificuldades deste, notadamente hipossuficiente.

5. Ainda que inexista prova documental do período antecedente ao casamento do segurado, ocorrido em 1974, os testemunhos colhidos em juízo, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, corroboraram a alegação da inicial e confirmaram o trabalho do autor desde 1967.

6. No caso concreto, mostra-se necessário decotar, dos períodos reconhecidos na sentença, alguns poucos meses em função de os autos evidenciarem os registros de contratos de trabalho urbano em datas que coincidem com o termo final dos interregnos de labor como rurícola, não impedindo, contudo, o reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de serviço, mormente por estar incontroversa a circunstância de que o autor cumpriu a carência devida no exercício de atividade urbana, conforme exige o inc. II do art. 25 da Lei 8.213/91.

7. ... “omissis”.

(STJ, REsp 1348633/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 05/12/2014);

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO MATERNIDADE . INÍCIO DE PROVA MATERIAL. QUALIFICAÇÃO DE LAVRADOR, CONSTANTE NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DO FILHO, CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Na esteira da sólida jurisprudência desta Corte, a qualificação profissional de lavrador ou agricultor, constante dos assentamentos de registro civil, constitui indício aceitável de prova material do exercício da atividade rural, nos termos do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, podendo, inclusive, produzir efeitos para período de tempo anterior e posterior nele retratado, desde que a prova testemunhal amplie a eficácia probatória referente ao período de carência legalmente exigido à concessão do benefício postulado.

2. Tendo a Corte de origem concluído que as provas testemunhais e documentais produzidas nos autos foram suficientes para demonstrar a condição de trabalhadora rural da autora, a fim de conceder-lhe o benefício de salário maternidade, entender de modo diverso do consignado pelo Tribunal a quo como propugnado, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a via estreita do recurso especial (Súmula nº 7/STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 67.393/PI, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 08/06/2012)”

Em outras palavras, no caso em apreço, a prova testemunhal corrobora a documentação trazida como início de prova material e basta para comprovar o exercício da atividade rural.

Assim, é de ser reconhecido e averbado no cadastro do autor, independente do recolhimento das contribuições - exceto para fins de carência, e, tão só, para fins de aposentação pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS, o tempo de serviço rural sem registro nos períodos de 11.08.1977 a 30.12.1982, e de 10.10.1987 a 16.03.1992, expedindo-se a respectiva certidão.

Destarte, é de se julgar procedente o pedido de reconhecimento de tempo de atividade rural, arcando o réu com honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas em atraso desde a data da citação nos autos subjacentes até a data da presente decisão, nos termos do Art. 85, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido de rescisão do julgado e, em novo julgamento, julgo procedente o pedido deduzido nos autos da ação originária.

É o voto.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002830-33.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: VALDENIR BRAGA PELAIS
Advogado do(a) RÉU: AUGUSTINHO BARBOSA DA SILVA - SP159063-N

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE A TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PRETENSÃO LIMITADA AO RECONHECIMENTO DOS PERÍODOS DE ATIVIDADE RURAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 48, § 1º, DA LEI 8.213/91 E 460, DO CPC/1973. TEMPO DE SERVIÇO RURAL SEM REGISTRO. PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TÊSTEMUNHAL. AVERBAÇÃO.

1. Configura violação manifesta de norma jurídica a prolação de decisão extra petita, bem como a concessão de aposentadoria por idade a quem não havia preenchido o requisito etário.
2. A ação originária tinha por objeto o reconhecimento de períodos de atividade rural para fins de expedição de certidão de tempo de serviço, todavia, a causa foi julgada sob a premissa de se tratar de pretensão de concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural. Ademais, o segurado não possuía a idade mínima exigida de 60 anos de idade.
3. Evidenciada a afronta ao Art. 48, § 1º, da Lei 8.213/91, e ao Art. 460, do CPC/1973.
4. O tempo de atividade campestre reconhecido nos autos é de ser computado apenas no Regime Geral da Previdência Social – RGPS, exceto para fins de carência, como expressa o § 2º, do Art. 55, da Lei 8.213/91. Para utilização desse mesmo tempo em outro regime, que não o RGPS, impõe-se o necessário recolhimento das contribuições previdenciárias do respectivo período, conforme determina o Art. 96, IV, do mesmo diploma legal.
5. Tendo sido apresentado início de prova material corroborada por idônea prova oral produzida em Juízo, o tempo de serviço rural comprovado deve ser averbado no cadastro do autor.
6. Procedência do pedido de rescisão do julgado e procedência do pedido deduzido nos autos da ação originária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido de rescisão do julgado e, em novo julgamento, julgar procedente o pedido deduzido nos autos da ação originária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5013301-11.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA

AUTOR: MARCELO REIS BIANCALANA, AMILCAR FELIPPE PADOVEZE

Advogado do(a) AUTOR: AMILCAR FELIPPE PADOVEZE - SP174170

Advogado do(a) AUTOR: AMILCAR FELIPPE PADOVEZE - SP174170

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta com fundamento no Art. 966, V, do Código de Processo Civil, em que se objetiva a desconstituição parcial da sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, confirmada por decisão monocrática proferida nesta Corte, pelo então Juiz Federal Convocado Valdeci dos, nos autos da apelação cível nº 2008.03.99.037213-0, mantida após a interposição de agravo interno, por meio da qual deu parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, fixando o termo inicial da aposentadoria por tempo de contribuição na data da citação e os consectários legais, e negou seguimento às apelações do INSS e da parte autora. O agravo interno superveniente não foi conhecido.

Os advogados do autor da ação originária propõem a presente demanda sob a alegação de violação manifesta da disposição contida no Art. 85, do CPC, sob o argumento de que a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação até a sentença resultou em quantia ínfima, equivalente a 0,2423% (zero vírgula quatro por cento) do total da condenação, o que fere a dignidade dos causídicos, que atuaram na causa por mais de 10 anos. Pleiteiam a rescisão parcial do julgado para que, em nova decisão, sejam fixados honorários advocatícios no montante de R\$ 23.719,47, correspondente a 10% do valor total da execução.

Regularmente citada, a autarquia previdenciária sustenta a inexistência de manifesta violação de norma jurídica no julgado. Subsidiariamente, pugna que, caso se entenda pela procedência do pedido, seja mantida a aplicação da Súmula 111/STJ, ajustando-se apenas o percentual da condenação até a sentença.

Por considerar desnecessária a produção de novas provas, determinei o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal, para que oferecesse o seu parecer.

O MPF manifestou-se pelo prosseguimento do feito, sem a sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia nos autos adstringe-se à questão sobre eventual violação ao Art. 85, do Código de Processo Civil, por ter a decisão rescindenda limitado a base de cálculo dos honorários advocatícios às prestações vencidas até a prolação da sentença.

Argumenta a parte autora que a fixação dos honorários em 10% sobre o valor da condenação até a sentença, em verdade, resultou em quantia ínfima, equivalente a 0,2423% (zero vírgula quatro por cento) do total da condenação, razão pela qual defende que o percentual deveria incidir sobre a integralidade no montante devido.

Embora o autor faça menção a regra da atual legislação processual, na época do julgado aplicava-se o Art. 20, do CPC/1973, que ainda estava em vigor.

Oportuno registrar que, segundo a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, “não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária. Apesar de ser permitido o conhecimento de recurso especial para discutir o quantum fixado a título de verba honorária quando exorbitante ou irrisório, na ação rescisória essa excepcionalidade não é possível já que nem mesmo a injustiça manifesta pode ensejá-la se não houver violação ao direito objetivo. Interpretação que prestigia o caráter excepcionalíssimo da ação rescisória e os valores constitucionais a que visa proteger (efetividade da prestação jurisdicional, segurança jurídica e estabilidade da coisa julgada - art. 5º, XXXVI, da CF/88”. (REsp 1217321/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 18/03/2013).

Nesse sentido:

“RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA PARA DISCUTIR VERBA HONORÁRIA EXCESSIVA OU IRRISÓRIA FIXADA PELA SENTENÇA/ACÓRDÃO RESCINDENDO. ART. 20, §3º E §4º, CPC/1973. NÃO CABIMENTO (IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, CPC/1973.

1. O objeto do recurso especial é o cabimento da ação rescisória para discutir verba honorária exorbitante (discussão sobre a possibilidade jurídica do pedido da ação rescisória).

2. A redação do art. 485, caput, do CPC/1973, ao mencionar "sentença de mérito" o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a "sentença definitiva", não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito. Conforme lição de Pontes de Miranda: "A despeito de no art. 485, do Código de Processo Civil se falar de 'sentença de mérito', qualquer sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267) e dê ensejo a algum dos pressupostos do art. 485, I-IX, pode ser rescindida" ("Tratado da ação rescisória". Campinas: Bookseller, 1998, p. 171).

3. É cabível ação rescisória exclusivamente para discutir verba honorária, pois: "A sentença pode ser rescindida, ou dela só se pedir a rescisão, em determinado ponto ou em determinados pontos. Por exemplo: somente no tocante à condenação às despesas" (cf. Giuseppe Chiovenda, *La Condanna nelle spese giudiziali*, nº 400 e 404), (Pontes de Miranda, op. cit., p. 174). Precedentes nesse sentido: REsp. n. 886.178/RS, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.12.2009; AR. 977/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12.3.2003; REsp. n. 894.750/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 23/09/2008; REsp. n. 1.321.195 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13.11.2012. Precedentes em sentido contrário: AR n. 3.542/MG, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 14.4.2010; REsp. n. 489.073/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6.3.2007.

4. A ação rescisória fulcrada no art. 485, V, do CPC/1973, é cabível somente para discutir violação a direito objetivo. Em matéria de honorários, é possível somente discutir a violação ao art. 20 e §§3º e 4º, do CPC/1973, como regras que dizem respeito à disciplina geral dos honorários, v.g.: a inexistência de avaliação segundo os critérios previstos nas alíneas "a", "b" e "c", do §3º, do art. 20, do CPC. Por outro lado, se houve a avaliação segundo os critérios estabelecidos e a parte simplesmente discorda do resultado dessa avaliação, incabível é a ação rescisória, pois implicaria a discussão de direito subjetivo decorrente da má apreciação dos fatos ocorridos no processo pelo juiz e do juízo de equidade daí originado. Nestes casos, o autor é carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Precedentes: REsp. n. 1.321.195 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13.11.2012; REsp. n. 1.264.329 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 20.11.2012; REsp. nº 1.217.321 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.10.2012.

5. Não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária. Apesar de ser permitido o conhecimento de recurso especial para discutir o quantum fixado a título de verba honorária quando exorbitante ou irrisório, na ação rescisória essa excepcionalidade não é possível já que nem mesmo a injustiça manifesta pode ensejá-la se não houver violação ao direito objetivo. Interpretação que prestigia o caráter excepcionalíssimo da ação rescisória e os valores constitucionais a que visa proteger (efetividade da prestação jurisdicional, segurança jurídica e estabilidade da coisa julgada - art. 5º, XXXVI, da CF/88). Precedentes nesse sentido: AR n. 3.754-RS, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28 de maio de 2008; REsp. n. 937.488/RS, Segunda Turma, julgado em 13.11.2007; REsp. n. 827.288-RO, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 18 de maio de 2010; REsp. n. 1.321.195 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13.11.2012; REsp. n. 1.264.329 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 20.11.2012; REsp. nº 1.217.321 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.10.2012. Precedentes em sentido contrário: REsp. n.º 802.548/CE, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 15.12.2009; REsp. n. 845.910/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 3.10.2006.

6. No caso concreto a ação rescisória foi ajuizada para discutir a exorbitância de verba honorária, o que considero incabível (pedido juridicamente impossível).

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1403357/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)”.

Todavia, a despeito dessas considerações, é certo afirmar que não houve afronta ao Art. 20, do CPC/1973, que assim dispunha:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor. (Incluído pela Lei nº 6.745, de 5.12.1979) (Vide §2º do art 475-Q)”.

Ademais, a decisão rescindenda aplicou os termos da Súmula 111/STJ, que traduz a interpretação pacificada sobre a matéria, naquela Corte. *In verbis*:

"SÚMULA 111

Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença”.

Desta forma, verifica-se que o arbitramento dos honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação, consideradas as prestações vencidas até a sentença, obedeceu aos exatos termos do Art. 20, § 3º, do CPC/1973 e da Súmula 111/STJ.

Não demonstrada a alegada violação manifesta de norma jurídica, a improcedência do pedido é de rigor, arcando a autoria com honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do Art. 85, §§ 3º e 4º, III, do CPC, observando-se o disposto no § 3º, do Art. 98, do CPC, por ser beneficiária da justiça gratuita, ficando a cargo do Juízo de execução verificar se restou ou não inexequível a condenação em honorários.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de rescisão do julgado.

É o voto.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5013301-11.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: MARCELO REIS BIANCALANA, AMILCAR FELIPPE PADOVEZE
Advogado do(a) AUTOR: AMILCAR FELIPPE PADOVEZE - SP174170
Advogado do(a) AUTOR: AMILCAR FELIPPE PADOVEZE - SP174170
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, V, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 20, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DOS TERMOS DA SÚMULA 111/STJ.

1. Segundo a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária. Não obstante, verifica-se a inexistência de afronta ao dispositivo tido por violado.
2. O Art. 20, do CPC/1973, vigente à época da prolação julgado, dispunha que os honorários advocatícios deveriam ser fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendido o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
3. Ressalte-se que, a teor da Súmula 111/STJ, os honorários, nas ações previdenciárias, não incidem sobre as prestações vencidas após a sentença.
4. Portanto, a fixação dos honorários advocatícios nos autos da ação subjacente, no percentual de 10% sobre o valor prestações vencidas até a sentença, obedeceu aos exatos termos do Art. 20, do CPC/1973 e da Súmula 111/STJ.
5. Improcedência do pedido de rescisão do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o pedido de rescisão do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5016678-87.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO

AUTOR: ROSALINA DE SOUZA

Advogados do(a) AUTOR: PATRICIA HELENA PRETO DE GODOY - SP297381-N, FRANCISCO ANTONIO MORENO TARIFA - SP283255-N, MAURICIO BENEDITO RAMALHO - SP361209-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5016678-87.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO

AUTOR: ROSALINA DE SOUZA

Advogados do(a) AUTOR: PATRICIA HELENA PRETO DE GODOY - SP297381, FRANCISCO ANTONIO MORENO TARIFA - SP283255, MAURICIO BENEDITO RAMALHO - SP361209

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Sérgio Nascimento (Relator): Trata-se de agravo interno interposto pelo INSS em face de decisão id 2618844 (fl. 367), que rejeitou a preliminar de decadência arguida pela autarquia previdenciária em contestação ofertada em sede de ação rescisória proposta por Rosalina de Souza, com fundamento no art. 966, inciso VII, do CPC, em que objetiva a desconstituição de acórdão da 7ª Turma desta Corte, que não reconheceu o seu direito ao benefício de aposentadoria rural por idade.

Sustenta o INSS, ora agravante, que o trânsito em julgado da r. decisão rescindenda se efetivou em 29.08.2015, sendo que a presente rescisória foi ajuizada em 08.09.2017, ou seja, após escoado o biênio decadencial; que o erro na certidão não impede o reconhecimento do decurso do prazo decadencial, uma vez que deve ser computado a contar do dia seguinte ao efetivo trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos; que no presente caso, foi certificado o trânsito em julgado da r. decisão rescindenda em 08.09.2015, quando estava em vigor o CPC/1973, devendo prevalecer a regra prescrita no art. 495 do aludido diploma legal, que previa o início da contagem do prazo decadencial exclusivamente a contar do trânsito em julgado da r. decisão rescindenda, em detrimento da hipótese prevista no art. 975, §2º, do CPC/2015; que o documento apresentado pela autora não se conceitua como prova nova, impossibilitando a aplicação da regra trazida pelo art. 975, §2º, do CPC/2015. Requer, por fim, seja reconsiderada a decisão ou, se não for esse o entendimento, seja processado o recurso e, ao final, provido, com o acolhimento da alegação de decadência e a conseqüente extinção do feito, com a resolução do mérito, com base no preceituado nos artigos 332, §1º e 487, II, do CPC.

Intimado o agravado na forma prevista no art. 1.021, §2º, do CPC, este se manifestou pelo não provimento do recurso interposto (id 3604311).

É o relatório.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5016678-87.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO

AUTOR: ROSALINA DE SOUZA

Advogados do(a) AUTOR: PATRICIA HELENA PRETO DE GODOY - SP297381, FRANCISCO ANTONIO MORENO TARIFA - SP283255, MAURICIO

BENEDITO RAMALHO - SP361209

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

Dispõe o artigo 975, *caput*, do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

No caso vertente, tem-se como última decisão aquela que conheceu do agravo interposto pela ora autora, negando seguimento ao recurso especial, nos termos do art. 544, §4º, II, b, do CPC/1973, sendo que a respectiva publicação se deu em 21.08.2015 (sexta-feira).

Assim sendo, o prazo para recorrer da ora autora, correspondente a 05 (cinco) dias, previsto no art. 545 do CPC/1973, havia se encerrado em 28.08.2015, ou seja, antes da data considerada como trânsito em julgado (08.09.2015), cabendo perquirir, ainda, em que data teria se esgotado o prazo para recorrer relativamente à autarquia previdenciária.

De outra parte, anoto que a intimação da Fazenda Pública por meio eletrônico deve ser considerada como pessoal para todos os efeitos legais, a teor do art. 5º, §6º, da Lei n. 11.419/2006, de modo que o prazo recursal concernente à autarquia previdenciária também se iniciou em 21.08.2015. Portanto, tendo em vista que a entidade autárquica dispunha do prazo em dobro para recorrer, na forma prevista no art. 188 do CPC/1973, é de se projetar que seu termo final ocorreu em 02.09.2015, data em que se operou efetivamente o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que pode ser considerada como termo inicial da contagem do prazo decadencial.

Nesse passo, verifica-se, de fato, a superação do prazo decadencial estabelecido na regra geral do art. 975, *caput*, do CPC/2015, haja vista o transcurso temporal superior a 02 anos entre 02.09.2015 e a data da distribuição da presente ação rescisória (08.09.2017).

Por outro lado, preceitua o §2º do art. 975 do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

(..)

§2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Prefacialmente, cumpre esclarecer que não obstante o trânsito em julgado da r. decisão rescindenda tenha se dado sob a vigência do CPC/1973, cabe ponderar que no momento em que o CPC/2015 entrou em vigor (18.03.2016), o prazo para propositura da ação rescisória não havia se esaurido, sendo aplicáveis, portanto, os seus ditames de forma imediata, em observância à diretriz estabelecida em seus artigos 14 e 1.046, notadamente em uma situação na qual se ampliou o direito do jurisdicionado, ao fixar um prazo maior para a propositura da ação rescisória baseada na hipótese de “prova nova”.

No caso em tela, a parte autora trouxe como prova nova documentos intitulados "Detalhes de período CAFIR - Cadastro de Imóveis Rurais" em seu nome e de seu companheiro (id 1076218 págs. 1/4; fls. 32/35), que se reportam a dados pretéritos dos imóveis rurais de que eram titulares (localização, data de inscrição, área, quantidade de módulos fiscais), cujas emissões se deram em 10.05.2017.

Por outro lado, é certo que nos autos subjacentes foram acostados extratos do CNIS, também em seu nome e de seu companheiro, dando conta de períodos em que estavam inscritos no CAFIR, contudo sem maiores detalhamentos.

Portanto, penso que, em uma primeira análise, os documentos trazidos pela parte autora possuem, em tese, as características de "prova nova", ao indicarem dados novos (dimensão da propriedade; quantidade de módulos) que não constavam dos extratos do CNIS, devendo ser considerada como data de sua descoberta o momento em que foram emitidos (10.05.2017).

Assim sendo, não havendo a superação do prazo bienal entre 10.05.2017 - data da descoberta da prova nova - e 08.09.2017, data do ajuizamento da presente ação rescisória, tampouco o sobrepujamento do prazo de 05 anos do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, é de ser rejeitada a alegação de decadência.

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo interno interposto pelo INSS.**

É como voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO INTERNO. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. DESCOBERTA DA PROVA NOVA. ART. 975, §2º, DO CPC.

I - No caso vertente, tem-se como última decisão aquela que conheceu do agravo interposto pela ora autora, negando seguimento ao recurso especial, nos termos do art. 544, §4º, II, b, do CPC/1973, sendo que a respectiva publicação se deu em 21.08.2015 (sexta-feira). Assim sendo, o prazo para recorrer da ora autora, correspondente a 05 (cinco) dias, previsto no art. 545 do CPC/1973, havia se encerrado em 28.08.2015, ou seja, antes da data considerada como trânsito em julgado (08.09.2015), cabendo perquirir, ainda, em que data teria se esgotado o prazo para recorrer relativamente à autarquia previdenciária.

II - A intimação da Fazenda Pública por meio eletrônico deve ser considerada como pessoal para todos os efeitos legais, a teor do art. 5º, §6º, da Lei n. 11.419/2006, de modo que o prazo recursal concernente à autarquia previdenciária também se iniciou em 21.08.2015. Portanto, tendo em vista que a entidade autárquica dispunha do prazo em dobro para recorrer, na forma prevista no art. 188 do CPC/1973, é de se projetar que seu termo final ocorreu em 02.09.2015, data em que se operou efetivamente o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que pode ser considerada como termo inicial da contagem do prazo decadencial.

III - Verifica-se, de fato, a superação do prazo decadencial estabelecido na regra geral do art. 975, *caput*, do CPC/2015, haja vista o transcurso temporal superior a 02 anos entre 02.09.2015 e a data da distribuição da presente ação rescisória (08.09.2017).

IV - Não obstante o trânsito em julgado da r. decisão rescindenda tenha se dado sob a vigência do CPC/1973, cabe ponderar que no momento em que o CPC/2015 entrou em vigor (18.03.2016), o prazo para propositura da ação rescisória não havia se esgotado, sendo aplicáveis, portanto, os seus ditames de forma imediata, em observância à diretriz estabelecida em seus artigos 14 e 1.046, notadamente em uma situação na qual se ampliou o direito do jurisdicionado, ao fixar um prazo maior para a propositura da ação rescisória baseada na hipótese de “prova nova”.

V - A parte autora trouxe como prova nova documentos intitulados "Detalhes de período CAFIR - Cadastro de Imóveis Rurais" em seu nome e de seu companheiro (id 1076218 págs. 1/4; fls. 32/35), que se reportam a dados pretéritos dos imóveis rurais de que eram titulares (localização, data de inscrição, área, quantidade de módulos fiscais), cujas emissões se deram em 10.05.2017

VI - É certo que nos autos subjacentes foram acostados extratos do CNIS, também em nome da autora e de seu companheiro, dando conta de períodos em que estavam inscritos no CAFIR, contudo sem maiores detalhamentos.

VII - Em uma primeira análise, os documentos trazidos pela parte autora possuem, em tese, as características de "prova nova", ao indicarem dados novos (dimensão da propriedade; quantidade de módulos) que não constavam dos extratos do CNIS, devendo ser considerada como data de sua descoberta o momento em que foram emitidos (10.05.2017).

VIII - Não havendo a superação do prazo bienal entre 10.05.2017 - data da descoberta da prova nova - e 08.09.2017, data do ajuizamento da presente ação rescisória, tampouco o sobrepujamento do prazo de 05 anos do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, é de ser rejeitada a alegação de decadência.

IX - Agravo interno do INSS desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002254-74.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: ANTONIO ALVES

Advogados do(a) RÉU: LUCIANA DE SOUZA RAMIRES SANCHEZ - SP150008, ANA MARIA RAMIRES LIMA - SP194164-A

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: ANTONIO ALVES

Advogados do(a) RÉU: LUCIANA DE SOUZA RAMIRES SANCHEZ - SP150008, ANA MARIA RAMIRES LIMA - SP194164-A

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, em 25/10/2016, em face de Antonio Alves, com fundamento no art. 966, inc. V, do CPC, visando desconstituir o V. Acórdão proferido nos autos da AC nº 0007540-23.2013.4.03.6112 que negou provimento ao agravo legal interposto pelo INSS contra a decisão monocrática que dera parcial provimento à apelação interposta pela parte autora, reconhecendo o seu direito à "desaposentação", com a implantação de benefício mais vantajoso, sem a necessidade de devolução de valores.

O trânsito em julgado ocorreu em 19/01/2015 (doc. nº 288.859, p. 74).

Sustenta a autarquia ter havido violação aos arts. 3º, inc. I; 5º, incs. II e XXXVI; 37, 40, 194, 195 e 201, §4º, da Constituição Federal e art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91. Invoca, ainda, a decadência do direito à revisão e, por cautela, a inaplicabilidade da Súmula nº 343, do STF.

Requeru a concessão de tutela provisória para suspender a execução do julgado rescindendo e, no mérito, a desconstituição do *decisum*, reconhecendo-se a inviabilidade da desaposentação requerida.

A inicial veio instruída com a cópia integral dos autos subjacentes.

Deferi o pedido de tutela provisória e determinei a citação da parte ré (doc. nº 387.867)

Devidamente citado (doc. nº 487.019, p. 3), o réu apresentou resposta, requerendo a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Sendo matéria unicamente de direito, abri vista às partes para razões finais, as quais foram apresentadas apenas pelo INSS.

É o breve relatório.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002254-74.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: ANTONIO ALVES

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Primeiramente, defiro ao réu os benefícios da assistência judiciária gratuita, tendo em vista a declaração de hipossuficiência apresentada e o valor do benefício que recebe mensalmente.

Destaco, outrossim, que não incide, *in casu*, o disposto na Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal ("*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*"), uma vez que a matéria ora em exame envolve discussão de caráter constitucional que, em razão do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve ser interpretado da forma mais adequada possível, ainda que existente controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda.

Outrossim, o conteúdo do *decisum* resultante do julgamento do RE nº 590.809/RS, com repercussão geral, não se aplica à espécie, uma vez que, até o julgamento da Repercussão Geral em RE nº 661.256, não havia, no âmbito do STF, "*entendimentos diversos sobre o alcance da norma*", ora tida como violada.

Passo ao exame.

Sustenta a autarquia a não observância do prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 103, da Lei nº 8.213/91.

Em se tratando de renúncia a benefício -- e não revisão do ato de concessão -- inaplicável ao caso o mencionado art. 103, da Lei de Benefícios. Nesse sentido, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.301-SC, de relatoria do E. Ministro Arnaldo Esteves Lima, em sessão de 27/11/13, firmou posicionamento no sentido de que o mencionado art. 103, da Lei de Benefícios **não se aplica às ações nas quais se discute a desaposentação**, sob o fundamento de que a decadência prevista na referida norma estabelece prazo para o segurado postular a revisão do ato de concessão de benefício -- o qual, se modificado, importará pagamento retroativo --, diferente do que ocorre na renúncia ao benefício em manutenção.

No que tange especificamente à desaposentação, a violação ao art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91 há de ser reconhecida, uma vez que tal dispositivo proíbe expressamente a concessão de outra prestação previdenciária ao segurado que permanecer em atividade após a aposentação, exceto salário família e reabilitação profissional.

Nesse sentido, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE nº 661.256, com repercussão geral reconhecida, assim se pronunciou:

"Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91". 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC)."

(Relator Min. Roberto Barroso, Relator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - mérito DJe-221 divulg 27-09-2017 public 28-09-2017)

Dessa forma, em sede de juízo rescindente e em observância ao disposto no art. 927, inc. III, do CPC -- o qual dispõe que os tribunais observarão os Acórdãos proferidos em sede de julgamento de recursos extraordinários repetitivos --, é de rigor a rescisão do julgado, com fulcro no art. 966, inc. V, do CPC.

Passando ao juízo rescisório, e com fundamento na tese firmada no julgamento do RE nº 661.256, julgo improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, restabelecendo-se o benefício anteriormente deferido à ré.

Muito embora o INSS não tenha formulado pedido de devolução de valores, deixo consignado -- para que não parem dúvidas -- que é indevida a restituição dos valores eventualmente pagos ao segurado em razão de decisão judicial transitada em julgado, conforme precedentes desta E. Terceira Seção: AR nº 2016.03.00.012041-2, Rel. Des. Federal Tânia Marangoni, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2013.03.00.003758-1, Rel. Des. Federal Carlos Delgado, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2016.03.00.000880-6, Rel. Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, j. 23/02/2017, v.u., D.E. 22/03/2017.

Ante o exposto, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. V, do art. 966, do CPC, julgo procedente o pedido para desconstituir o V. Acórdão proferido nos autos do processo nº 0007540-23.2013.4.03.6112 e, em sede de juízo rescisório, julgo improcedente o pedido de desaposentação. Condeno a parte ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, ora arbitrados em R\$1.000,00, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser beneficiária da justiça gratuita. Oficie-se ao MM. Juiz *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. ART. 966, INC. V, DO CPC. RESCISÓRIA PROCEDENTE. PEDIDO ORIGINÁRIO IMPROCEDENTE.

I- Não se aplica ao caso o disposto na Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a matéria ora em exame envolve discussão de caráter constitucional que, em razão do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve ser interpretado da forma mais adequada possível, ainda que existente controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda.

II - O conteúdo do *decisum* resultante do julgamento do RE nº 590.809/RS, com repercussão geral, não se aplica à espécie, uma vez que, até o julgamento da Repercussão Geral em RE nº 661.256, não havia, no âmbito do STF, "*entendimentos diversos sobre o alcance da norma*", ora tida como violada.

III - Em se tratando de renúncia a benefício -- e não revisão do ato de concessão -- inaplicável ao caso o art. 103, da Lei de Benefícios. Nesse sentido, a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.301-SC, de relatoria do E. Ministro Arnaldo Esteves Lima, em sessão de 27/11/13, firmou posicionamento no sentido de que o mencionado art. 103, da Lei de Benefícios **não se aplica às ações nas quais se discute a desaposentação**, sob o fundamento de que a decadência prevista na referida norma estabelece prazo para o segurado postular a revisão do ato de concessão de benefício -- o qual, se modificado, importará pagamento retroativo --, diferente do que ocorre na renúncia ao benefício em manutenção.

IV - No que tange especificamente à desaposentação, a violação ao art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91 há de ser reconhecida, uma vez que tal dispositivo proíbe expressamente a concessão de outra prestação previdenciária ao segurado que permanecer em atividade após a aposentação, exceto salário família e reabilitação profissional. Procedência do pedido rescindente.

V - Com fundamento na tese firmada no julgamento do RE nº 661.256, com repercussão geral, julgo improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, restabelecendo-se ao réu, o benefício anteriormente deferido.

VI - Muito embora o INSS não tenha formulado pedido de devolução de valores, deixo consignado, para que não parem dúvidas, que é indevida a restituição dos valores eventualmente pagos ao segurado em razão de decisão judicial transitada em julgado, conforme precedentes desta E. Terceira Seção: AR nº 2016.03.00.012041-2, Rel. Des. Federal Tânia Marangoni, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2013.03.00.003758-1, Rel. Des. Federal Carlos Delgado, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2016.03.00.000880-6, Rel. Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, j. 23/02/2017, v.u., D.E. 22/03/2017.

VII - Honorários advocatícios arbitrados em R\$1.000,00, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser a parte ré beneficiária da justiça gratuita.

VIII - Procedente o pedido rescindente. Improcedente o pedido de desaposentação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu, em sede de juízo rescindente, julgar procedente o pedido para desconstituir o V. Acórdão e, em sede de juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de desaposentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5022456-04.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA

AUTOR: DORACI ANTONIA PULCINELLI

Advogados do(a) AUTOR: MARCIO ROBERTO JORGE - SP348903-N, JOAO CARLOS GODOI UGO - SP214822

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, LUCIANA MARIA COSTA CARDOSO

DESPACHO

Nos termos do Art. 351 do CPC, manifeste-se a parte autora, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre as preliminares arguidas pelo réu, em contestação.

São Paulo, 15 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5031469-27.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO

AUTOR: MARIA DE LOURDES GOMES

Advogado do(a) AUTOR: ANDRE LUIZ GALAN MADALENA - SP197257-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de ação rescisória movida por MARIA DE LOURDES GOMES, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 966, inciso VIII, do Código de Processo Civil de 2015.

Inconformada, a parte autora requer a procedência do pedido para desconstituir a r. decisão rescindenda.

Pleiteia os benefícios da gratuidade da justiça.

É o relatório. DECIDO.

Inicialmente, verifico que a presente ação rescisória é tempestiva, pois foi ajuizada em 13.12.2018, enquanto que o trânsito em julgado da decisão rescindenda ocorreu em 16.12.2016.

Concedo à parte autora os benefícios da gratuidade da justiça.

Não havendo pedido de antecipação de tutela, cite-se o réu para contestar a ação, nos termos do artigo 970, do Código de Processo Civil de 2015. Prazo de 15 (quinze) dias observando-se, ainda, o artigo 183 do referido diploma legal.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5031258-88.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA

AUTOR: MARIA ELI BELLOTTO

Advogado do(a) AUTOR: MARCOS DE QUEIROZ RAMALHO - PR15263-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E S P A C H O

À vista da declaração da parte autora de que não tem condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu próprio sustento, concedo-lhe os benefícios da gratuidade da justiça.

Dê-se ciência, no prazo de 15 (quinze) dias.

Após, cite-se o INSS para, no prazo de 30 dias, responder aos termos da ação.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002084-68.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA

AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RÉU: MAURO CASARI

Advogado do(a) RÉU: ELIAS EVANGELISTA DE SOUZA - SP250123-N

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002084-68.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
RÉU: MAURO CASARI
Advogado do(a) RÉU: ELIAS EVANGELISTA DE SOUZA - SP0250123N

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, em 17/03/2017, em face de Mauro Casari, com fundamento no art. 966, inc. V, do CPC, visando desconstituir a decisão monocrática proferida nos autos da AC nº 2015.03.99.007149-3 que deu parcial provimento à apelação da parte autora, reconhecendo o seu direito à "desaposentação", com a implantação de benefício mais vantajoso, sem a necessidade de devolução de valores.

O trânsito em julgado ocorreu em 06/04/2015 (doc. nº 462.281, p. 29).

Sustenta a autarquia ter havido violação aos arts. 5º, inc. II; 194, 195, §§ 5º e 11, da Constituição Federal e art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91. Por cautela, invocou a inaplicabilidade da Súmula nº 343, do STF.

Requeru a concessão de tutela de urgência para suspender a execução do julgado rescindendo e, no mérito, a desconstituição do *decisum*, reconhecendo-se a inviabilidade da desaposentação pleiteada.

A inicial veio instruída com a cópia integral dos autos subjacentes.

Deferi o pedido de tutela provisória e determinei a citação do réu (doc. nº 507.156, p. 1)

Devidamente citada (doc. nº 689.806, p. 11), o réu apresentou resposta, aduzindo preliminar de inépcia da inicial, com fundamento no art. 315, parágrafo único, inc. II, do CPC e, no mérito, a improcedência do pedido, reconhecendo-se, ainda, a litigância de má-fé da autarquia.

Deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, determinei ao INSS que se manifestasse sobre a contestação (doc. nº 759.324, p.1).

Apresentadas réplica (doc. nº 859.185) e razões finais pela autarquia (doc. nº 958.807) e pelo réu (doc. nº 1.031.243)

É o breve relatório.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5002084-68.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
RÉU: MAURO CASARI
Advogado do(a) RÉU: ELIAS EVANGELISTA DE SOUZA - SP0250123N

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Newton De Lucca (Relator): Afasto a preliminar de inépcia trazida na contestação. A petição inicial é apta e atende aos pressupostos formais exigidos para a propositura da ação. Também se encontram presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, de modo que a exordial se mostra adequada para veicular a pretensão nela deduzida. Outrossim, inaplicável à espécie o mencionado art. 315, parágrafo único, inciso II, do NCPC. Primeiro porque o dispositivo processual mencionado (art. 315) possui apenas dois parágrafos (não há parágrafo único e tampouco inciso II) e também porque trata da hipótese de suspensão do processo, quando proposta ação penal para verificação de determinado fato delituoso, matéria absolutamente divorciada do caso dos autos.

Destaco, ainda, que não incide, *in casu*, o disposto na Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal ("*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*"), uma vez que a matéria ora em exame envolve discussão de caráter constitucional que, em razão do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve ser interpretado da forma mais adequada possível, ainda que existente controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda.

Outrossim, o conteúdo do *decisum* resultante do julgamento do RE nº 590.809/RS, com repercussão geral, não se aplica à espécie, uma vez que, até o julgamento da Repercussão Geral em RE nº 661.256, não havia, no âmbito do STF, "*entendimentos diversos sobre o alcance da norma*", ora tida como violada.

Passo ao exame.

No que tange especificamente à desaposentação, a violação ao art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91 há de ser reconhecida, uma vez que tal dispositivo proíbe expressamente a concessão de outra prestação previdenciária ao segurado que permanecer em atividade após a aposentação, exceto salário família e reabilitação profissional.

Nesse sentido, o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE nº 661.256, com repercussão geral reconhecida, assim se pronunciou:

"Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91". 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC)."

(Relator Min. Roberto Barroso, Relator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - mérito DJe-221 divulg 27-09-2017 public 28-09-2017)

Dessa forma, em sede de juízo rescindente e em observância ao disposto no art. 927, inc. III, do CPC -- o qual dispõe que os tribunais observarão os Acórdãos proferidos em sede de julgamento de recursos extraordinários repetitivos --, é de rigor a rescisão do julgado, com fulcro no art. 966, inc. V, do CPC.

Passando ao juízo rescisório, e com fundamento na tese firmada no julgamento do RE nº 661.256, julgo improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, restabelecendo-se o benefício anteriormente deferido à ré.

Muito embora o INSS não tenha formulado pedido de devolução de valores, deixo consignado -- para que não parem dúvidas -- que é indevida a restituição dos valores eventualmente pagos ao segurado em razão de decisão judicial transitada em julgado, conforme precedentes desta E. Terceira Seção: AR nº 2016.03.00.012041-2, Rel. Des. Federal Tânia Marangoni, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2013.03.00.003758-1, Rel. Des. Federal Carlos Delgado, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2016.03.00.000880-6, Rel. Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, j. 23/02/2017, v.u., D.E. 22/03/2017.

Por fim, afasto o reconhecimento de eventual litigância de má-fé da autarquia, uma vez que, independentemente do fato de não estarem sendo executados os valores objeto da decisão que deferiu ao réu a pretendida desaposentação, a autarquia tem interesse processual na demanda porque, a qualquer momento, pode o segurado promover ação com vistas à obtenção de diferenças, fundado no título executivo judicial que possui. Dessa forma, ao Instituto só caberia manejar a necessária ação rescisória para a tutela de seus interesses, tal como procedeu.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. V, do art. 966, do CPC, julgo procedente o pedido para desconstituir o V. Acórdão proferido nos autos do processo nº 2015.03.99.007149-3 e, em sede de juízo rescisório, julgo improcedente o pedido de desaposentação. Condeno a parte ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, ora arbitrados em R\$1.000,00, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser beneficiária da justiça gratuita. Oficie-se ao MM. Juiz *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

EMENTA

ACÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. DESAPOSENTAÇÃO. ART. 966, INC. V, DO CPC. RESCISÓRIA PROCEDENTE. PEDIDO ORIGINÁRIO IMPROCEDENTE.

I - A petição inicial é apta e atende aos pressupostos formais exigidos para a propositura da ação. Também se encontram presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, de modo que a exordial se mostra adequada para veicular a pretensão nela deduzida.

II- Não se aplica ao caso o disposto na súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a matéria ora em exame envolve discussão de caráter constitucional que, em razão do princípio da máxima efetividade da Constituição, deve ser interpretado da forma mais adequada possível, ainda que existente controvérsia à época da prolação da decisão rescindenda.

III - O conteúdo do *decisum* resultante do julgamento do RE nº 590.809/RS, com repercussão geral, não se aplica à espécie, uma vez que, até o julgamento da Repercussão Geral em RE nº 661.256, não havia, no âmbito do STF, "*entendimentos diversos sobre o alcance da norma*", ora tida como violada.

IV - No que tange especificamente à desaposentação, a violação ao art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91 há de ser reconhecida, uma vez que tal dispositivo proíbe expressamente a concessão de outra prestação previdenciária ao segurado que permanecer em atividade após a aposentação, exceto salário família e reabilitação profissional. Procedência do pedido rescindente.

V - Com fundamento na tese firmada no julgamento do RE nº 661.256, com repercussão geral, julgo improcedente o pedido de desaposentação formulado na ação subjacente, restabelecendo-se ao réu, o benefício anteriormente deferido.

VI - Muito embora o INSS não tenha formulado pedido de devolução de valores, deixo consignado, para que não parem dúvidas, que é indevida a restituição dos valores eventualmente pagos ao segurado em razão de decisão judicial transitada em julgado, conforme precedentes desta E. Terceira Seção: AR nº 2016.03.00.012041-2, Rel. Des. Federal Tânia Marangoni, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2013.03.00.003758-1, Rel. Des. Federal Carlos Delgado, j. 08/06/2017, v.u., D.E. 23/06/2017; AR nº 2016.03.00.000880-6, Rel. Juiz Convocado Rodrigo Zacharias, j. 23/02/2017, v.u., D.E. 22/03/2017.

VII - Litigância de má-fé afastada, uma vez que, independentemente do fato de não estarem sendo executados os valores objeto da decisão que deferiu ao réu a pretendida desaposentação, a autarquia tem interesse processual na demanda porque, a qualquer momento, pode o segurado promover ação com vistas à obtenção de diferenças, fundado no título executivo judicial que possui. Dessa forma, ao Instituto só caberia manejar a necessária ação rescisória para a tutela de seus interesses, tal como procedeu.

VIII- Honorários advocatícios arbitrados em R\$1.000,00, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, por ser a parte ré beneficiária da justiça gratuita.

IX - Preliminar rejeitada. Procedente o pedido rescindente e improcedente o pedido de desaposentação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Seção, por unanimidade, decidiu rejeitar a preliminar e, em sede de juízo rescindente, julgar procedente o pedido para desconstituir o V. Acórdão e, em sede de juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de desaposentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

DESPACHO

Converto o julgamento em diligência.

Em atenção ao requerimento formulado pelo Ministério Público Federal, determino a intimação da parte autora para que apresente procuração específica para a propositura de ação rescisória, e para que comprove que as intimações, na ação originária, não foram feitas em nome do patrono constituído.

Após, intime-se o INSS para que se manifeste, no prazo de 15 dias, nos termos do artigo 10 do CPC.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5031590-55.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AUTOR: ARMANDO DE MELO LINS
Advogado do(a) AUTOR: FERNANDO GONCALVES DIAS - SP286841-S
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de ação rescisória movida por ARMANDO DE MELO LINS, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015.

Inconformada, a parte autora requer a procedência do pedido para desconstituir a r. decisão rescindenda.

Pleiteia os benefícios da gratuidade da justiça.

É o relatório. DECIDO.

Inicialmente, verifico que a presente ação rescisória é tempestiva, pois foi ajuizada em 14.12.2018, enquanto que o trânsito em julgado da decisão rescindenda ocorreu em 16.01.2017.

Concedo à parte autora os benefícios da gratuidade da justiça.

Não havendo pedido de antecipação de tutela, cite-se o réu para contestar a ação, nos termos do artigo 970, do Código de Processo Civil de 2015. Prazo de 15 (quinze) dias observando-se, ainda, o artigo 183 do referido diploma legal.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5030149-39.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: LUCIANO RODRIGUES GRILLO
Advogado do(a) AUTOR: SELMA JOAO FRIAS VIEIRA - SP261803
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Intime-se a parte autora para que, no prazo de 15 (quinze) dias, complemente a inicial, juntando aos autos cópias das peças principais da ação originária, entre as quais, os documentos que a instruíram e a certidão de trânsito em julgado, sob pena de indeferimento liminar do pedido.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5019619-73.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
RÉU: JOSE ALBERTO DOS SANTOS
Advogados do(a) RÉU: ARLENE CRISTINA FERNANDES MACIEL - SP364422, JOAQUIM FERNANDES MACIEL - SP125910

DESPACHO

Digam as partes se pretendem produzir provas, justificando-as, se for o caso.

Prazo de 10 (dez) dias.

Após, conclusos.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5026866-08.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA

AUTOR: CARLOS ALBERTO CAMPANHA

Advogado do(a) AUTOR: DANIELA CRISTINA FARIA - SP244122-N

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Vistos,

Ciente da interposição do agravo de instrumento.

Contudo, o referido recurso não foi conhecido, porquanto não admitida a interposição de agravo de instrumento contra decisão monocrática de Relator deste Tribunal, cuja impugnação só é cabível por meio de agravo interno (art. 1021 e §§ do Novo CPC) ou agravo regimental (art. 250 do RI desta Corte). A decisão foi publicada em 14/12/2018.

Nesse contexto, restou inatacada a decisão que indeferiu a justiça gratuita e determinou o recolhimento das custas e do depósito prévio (id. 7697887).

Todavia, a parte deixou decorrer in albis o prazo concedido.

Trata-se, assim, de caso de extinção de processo sem resolução do mérito, porque deve ser indeferida a petição inicial.

A decisão que indeferiu a concessão da justiça gratuita sofreu os efeitos da preclusão.

Destarte, ante a ausência do recolhimento das custas devidas e do depósito prévio a que alude o art. 968, II do CPC, inviável o prosseguimento da ação rescisória.

A mesma situação motivou a extinção da ação rescisória pretérita, cuja matéria de fundo é a mesma alegada no presente feito.

Nos termos do artigo 102, § único c/c artigos 485, I e IV, e 968, § 3º do Código de Processo Civil, **indefiro a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito.**

Indevida condenação em honorários de advogado, ante a ausência de citação do INSS nesta rescisória.

Publique-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, archive-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5025418-97.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
RÉU: MOACIR MARRA
Advogado do(a) RÉU: LOURIVAL CASEMIRO RODRIGUES - SP121575

DESPACHO

Concedo à parte ré a gratuidade da justiça.

Manifeste-se o autor quanto aos termos da contestação apresentada.

Prazo: 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 60761/2018

00001 AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0047536-75.2006.4.03.0000/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2006.03.00.047536-1/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|---------------|---|--|
| RELATOR | : | Desembargador Federal DAVID DANTAS |
| AUTOR(A) | : | Instituto Nacional do Seguro Social - INSS |
| ADVOGADO | : | SP178417 ELAINE CHRISTIANE YUMI KAIMOTI PINTO |
| | : | SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR |
| RÉU/RÉ | : | JOSE BRUNO FELISBINO incapaz |
| ADVOGADO | : | SP184512 ULIANE RODRIGUES MILANESI DE MAGALHÃES CHAVES |
| | : | SP206949 GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO |
| | : | SP211735 CASSIA MARTUCCI MELILLO |
| | : | SP179738 EDSON RICARDO PONTES |
| REPRESENTANTE | : | IZABEL CAETANO FELISBINO |
| No. ORIG. | : | 00.00.00105-7 3 Vr AVARE/SP |

DESPACHO

Resposta à consulta:

Intime-se o peticionário JOSÉ BRUNO FELISBINO para que promova o recolhimento da taxa de desarquivamento, não obstante o autor ser beneficiário da justiça gratuita, considerando que remanesce no feito apenas interesse de terceiro.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

NERY JUNIOR
Vice-Presidente

| | |
|--|------------------------|
| | 2010.03.00.035005-1/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|---------------|---|--|
| RELATOR | : | Desembargador Federal NELSON PORFIRIO |
| AUTOR(A) | : | CLAUDIO BARBOSA DE SOUZA incapaz |
| ADVOGADO | : | SP068563 FRANCISCO CARLOS AVANCO |
| REPRESENTANTE | : | LIDIA FREIRE OLIVEIRA |
| RÉU/RÉ | : | Instituto Nacional do Seguro Social - INSS |
| ADVOGADO | : | SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR |
| No. ORIG. | : | 2009.03.99.018371-4 Vr SAO PAULO/SP |

DESPACHO

Resposta à consulta:

Intime-se o peticionário para que promova o recolhimento da taxa de desarmamento, não obstante o autor ser beneficiário da justiça gratuita, considerando que remanesce no feito apenas interesse de terceiro.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

NERY JUNIOR

Vice-Presidente

SUBSECRETARIA DA 4ª SEÇÃO

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5031474-49.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

REQUERENTE: LUIZ PARPINELLI

Advogado do(a) REQUERENTE: RICARDO QUEIROZ LIPORASSI - SP183638

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de revisão criminal ajuizada por LUIZ PARPINELLI, com fundamento no art. 621, I e III, do Código de Processo Penal, em face da sentença proferida nos autos da ação penal nº 0004020.60.2015.403.6120, que o condenou à pena privativa de liberdade de sete meses e quinze dias de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 48 da Lei nº 9.065/98, com a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Além disso, a sentença também o condenou à reparação dos danos ambientais, mediante a demolição das edificações, remoção de entulho e plantio de mudas.

O requerente narra que a denúncia lhe imputou a prática de impedir e dificultar a regeneração natural de vegetação considerada permanente em rancho de sua propriedade, localizado às margens do rio Mogi-Guaçu, sendo condenado às penas supramencionadas, com trânsito em julgado em 31.08.2016.

Prosseguindo, argumenta que a ordem de demolição proferida pelo juízo de origem contraria o princípio da reserva legal e da anterioridade, eis que a medida não está prevista no art. 48 da Lei nº 9.605/98. Sustenta, outrossim, que o Direito Penal é a “ultima ratio”, a taxatividade das normas penais incriminadoras, a ofensa ao princípio da proporcionalidade e que a ordem de demolição também seria “extra petita”, ofendendo o princípio da correção entre o pedido e a sentença, eis que sequer teria constado da denúncia.

Por fim, sustenta que a condenação também afrontaria o disposto no art. 61 da Lei nº 12.651/12, o que justifica o ajuizamento desta revisão com base no art. 621, III, do Código de Processo Penal, tendo em vista que o rancho de sua propriedade preencheria os requisitos do atual Código Floresta (Lei nº 12.651/12), considerando que o art. 61, § 12º, da lei mencionada, ressalta a possibilidade de manutenção de edificações consolidadas anteriormente ao ano de 2008, desde que não ofereça risco à vida ou à integridade física da pessoa.

Com isso, pede a concessão de tutela de urgência com a suspensão dos efeitos da sentença até o julgamento de mérito desta revisão. Ao final, pretende a sua absolvição, com fundamento no art. 386 e 626 do Código de Processo Penal. E, na hipótese de não acolhimento do pedido de absolvição, que seja anulada a ordem de demolição.

É o relatório. DECIDO.

Registro que é possível a apreciação de pedido de liminar em revisão criminal, especialmente nos casos de manifesta ilegalidade, em atenção ao princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Segundo o requerente, a sentença, ao determinar a demolição das edificações construídas em área de preservação ambiental, afrontou, dentre outros, o princípio da legalidade, uma vez que não existe tal previsão no tipo incriminador.

Em um exame provisório, no entanto, tais alegações não socorrem ao requerente, uma vez que a sentença condenatória valeu-se do disposto no art. 20 da lei nº 9.605/98 e art. 387, IV, do Código de Processo Penal, para determinar ao acusado que proceda à reparação dos danos causados pela infração. Ademais, o Ministério Público, ao formular a denúncia, pediu expressamente a condenação à reparação dos danos morais e materiais (ID10877936).

Portanto, uma vez condenado pela prática do delito, com reconhecimento do dano ao meio ambiente, a sua recomposição pelo requerente é medida imprescindível à reparação do ilícito.

Por fim, ao menos em cognição sumária, não tem razão o requerente ao afirmar que, a luz da legislação atual, a sua conduta seria regular e que, portanto, seria ilegal a condenação, pois a apreciação desta questão exige o reexame da prova no contexto das leis citadas na inicial, o que somente poderá ser realizado quando do exame do mérito e após a complementação da documentação necessária ao julgamento desta revisão, eis que não foi juntada cópia integral dos autos de origem.

Posto isso, **indefiro o pedido de liminar.**

Considerando que a presente revisão criminal não se encontra devidamente instruída, solicite-se ao juízo da 2ª Vara Federal de Araraquara/SP a remessa de cópia digitalizada da íntegra dos autos da ação penal nº 0004020-60.2015.403.6120, bem como de eventuais apensos.

Cumpridas tal determinação, dê-se vista à Procuradoria Regional da República, para oferecimento de parecer, nos termos do art. 625, § 5º, do Código de Processo Penal, e do art. 225 do Regimento Interno desta Corte.

Por fim, tornem os autos conclusos.

Providencie-se o necessário. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

Boletim de Acordão Nro 26730/2018

00001 REVISÃO CRIMINAL Nº 0000073-20.2018.4.03.0000/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2018.03.00.000073-7/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|--------------|---|---|
| RELATOR | : | Desembargador Federal PAULO FONTES |
| REQUERENTE | : | MARCIO PEREIRA DE OLIVEIRA |
| ADVOGADO | : | SP189104 STAVROS GEORGIOS REVYTHIS |
| REQUERIDO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00040980720114036181 4P Vr SAO PAULO/SP |

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 621, III, CPP. CRIMES DOS ARTIGOS 241, CAPUT, COM REDAÇÃO DA LEI 10.764/2003, 241-A E 241-B, TODAS DA LEI 8.069/1990. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. FATOS CRIMINOSOS DIVERSOS E AUTÔNOMOS. INEXISTÊNCIA DE FATO ÚNICO E DA DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO JÁ APRECIADO NA RELAÇÃO PROCESSUAL ORIGINÁRIA. NÃO CABIMENTO DE REVISÃO PARA REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA JÁ AVALIADA ANTERIORMENTE. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E IMPROVIDA.

1. A presente ação foi ajuizada com fundamento no artigo 621, III, do Código de Processo Penal. O revisionando sustenta, em síntese, que apenas um fato criminoso originou duas ações penais e, por consequência, duas condenações, caracterizando *bis in idem*. Pede, assim, que o fato criminoso seja processado e julgado em uma única ação penal, bem como a sua absolvição por ausência de dolo na prática da conduta descrita no artigo 241-A da Lei 8.069/1990.
2. De se notar que os fatos apurados nas ações penais são diversos e autônomos, tipificados em tipos penais diversos. O revisionando incorreu na prática de condutas diversas, consistentes no armazenamento e na disponibilização de imagens e vídeos de pornografia infantil.
3. O intervalo temporal entre as condutas ajuda a demonstrar que os fatos apurados nas ações penais são diversos, inexistindo fato único a ser apurado. A tese de *bis in idem* deve ser afastada, já que na Ação Penal 0004098-07.2011.4.03.6181 o acusado restou condenado definitivamente pela prática do crime do artigo 241-A, enquanto na Ação Penal 0006044-14.2011.4.03.6181 pela prática de crime diverso, descrito no artigo 241-B da Lei 8.069/1990.
4. Em relação ao argumento de que o processamento e julgamento das condutas em autos separados prejudicaram mais gravemente o revisionando, principalmente em relação à execução penal e aos benefícios da progressão de regime, vale destacar que a análise de eventual pedido de unificação de pena e da concessão de benefícios na fase da execução penal compete ao Juízo da Execução, não sendo cabível na via de ação de revisão criminal.
5. Quanto ao pedido de absolvição por ausência de dolo, verifica-se que a revisão criminal não se presta a revisar matérias já suficientemente analisadas anteriormente, como se fosse um novo recurso de apelação. Com tal pedido, verifica-se que a intenção do revisionando está em discutir aspectos fáticos que já foram apreciados e julgados na ação penal, o que não se coaduna com os limites de cognição consagrados na revisão criminal.
6. Não obstante, não se olvida que é própria do nome dos programas "eMule", "Shareaza" e "eDonkey2000" a natureza de compartilhamento, deixando indene de dúvidas de que ao baixar um arquivo por meio de tais programas, se não encerrada a disponibilização ou apagado o arquivo, automaticamente estará compartilhando com outras pessoas. Assim, ao deixar ativo para *download* arquivos, assumiu o risco de seu compartilhamento pelos programas "eMule", "Shareaza" e "eDonkey2000".
7. Revisão criminal improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a revisão criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

PAULO FONTES
Desembargador Federal

00002 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0009404-97.2016.4.03.6110/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2016.61.10.009404-9/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|--------------|---|---|
| RELATOR | : | Desembargador Federal PAULO FONTES |
| EMBARGANTE | : | LEANDRO GONCALVES DA SILVA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP239156 LUCIANA MORAES ROSA GRECCHI (Int.Pessoal) |
| | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| EMBARGADO(A) | : | Justica Publica |
| PARTE RÉ | : | JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP318509 ANTONIO ALEXANDRE DANTAS DE SOUZA |
| No. ORIG. | : | 00094049720164036110 3 Vr SOROCABA/SP |

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. EMBARGOS INFRINGENTES. DIVERGÊNCIA QUANTO À FIXAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO PROVIDO.

1. No caso, verifica-se que o dissenso diz respeito, unicamente, à fixação da pena-base do delito de tráfico de drogas.
2. A exasperação da pena-base em razão da qualidade e quantidade do entorpecente está em consonância com os ditames legais e com o entendimento jurisprudencial dominante.
3. *In casu*, apesar da significativa quantidade do entorpecente apreendido (2.400 kg de maconha), a fixação da pena-base no máximo legal afigura-se excessivo.

4. Nessa ordem de ideias, o voto vencido deve prevalecer, visto que observou os preceitos legais e as circunstâncias fáticas do caso concreto.

5. Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, sendo a pena-base do embargante fixada como consignado no voto vencido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

PAULO FONTES

Desembargador Federal

00003 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0002569-40.2017.4.03.6181/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2017.61.81.002569-4/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|--------------|---|---|
| RELATOR | : | Desembargador Federal PAULO FONTES |
| EMBARGANTE | : | LUCAS THIAGO VICENTE BALBINO |
| ADVOGADO | : | SP197789 ANTONIO ROVERSI JUNIOR (Int.Pessoal) |
| | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| EMBARGADO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00025694020174036181 8P Vr SAO PAULO/SP |

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGO 157, § 2º, II, CP. DIVERGÊNCIA QUANTO À COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. PROVAS INSUFICIENTES PARA SUSTENTAR UMA CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Em sede de embargos infringentes, o reexame do mérito da apelação criminal fica restrito ao ponto de divergência entre os julgadores.
2. No caso, o dissenso refere-se à existência de provas para a condenação do embargante pela prática do delito do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal.
3. Quanto à divergência existente, com a devida vênia ao entendimento de que a autoria delitiva foi corroborada em juízo, reputo que deve prevalecer a conclusão apresentada no voto vencido.
4. Não houve certeza, em sede judicial, acerca do reconhecimento do acusado pela vítima do delito.
5. Além disso, houve certa imprecisão quanto à narrativa dos fatos.
6. A oitiva dos policiais também não foi suficiente para atestar a responsabilidade do réu pelo cometimento do crime.
7. O conjunto probatório, portanto, não é de molde a afirmar categoricamente a inocência do embargante, embora, certamente, não se possa, de igual modo, permitir afirmar a sua culpabilidade.
8. No caso vertente, dúvidas se levantam de forma tal que impedem a manutenção do decreto condenatório, já que prevalece em direito penal a máxima do *in dubio pro reo*.
9. Assim, de rigor a absolvição do réu no tocante ao delito do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.
10. Embargos Infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, para absolver LUCAS THIAGO VICENTE BALBINO da prática delitiva do artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

PAULO FONTES

Desembargador Federal

00004 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO SUMÁRIO Nº 0020035-97.2016.4.03.0000/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2016.03.00.020035-3/SP |
|--|------------------------|

| | |
|-------------|--|
| RELATOR | : Desembargador Federal PAULO FONTES |
| EMBARGANTE | : Justica Publica |
| EMBARGADO | : ACÓRDÃO DE FLS. |
| INTERESSADO | : JAIME CESAR DA CRUZ |
| ADVOGADO | : SP131364 FLAVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA e outros(as) |
| | : SP104199 FERNANDO CESAR THOMAZINE e outros(as) |
| | : SP212772 JULIANA ESTEVES MONZANI SANTOS e outros(as) |
| EXCLUIDO(A) | : MILTON ALVARO SERAFIM (desmembrado) |
| | : JOSE PEDRO CAHUM (desmembrado) |
| | : ELVIS OLIVIO TOME (desmembrado) |
| | : BRUNA CRISTINA BONINO (desmembrado) |
| | : CESAR IMPERATO IOTTI (desmembrado) |
| | : MARIA HELENA IMPERATO IOTTI (desmembrado) |
| | : JULIANA ZIROLDO MEDEIROS DA SILVA (desmembrado) |
| | : PEDRO CLAUDIO DA SILVA (desmembrado) |
| | : RICARDO ZIROLDO DE MEDEIROS (desmembrado) |
| | : ISMAEL ZIROLDO (desmembrado) |
| | : MERCIA FERREIRA LOPES ZIROLDO (desmembrado) |
| | : MARILENE TORRES (desmembrado) |
| | : CAMILA BRAGONI GOTTARDI (desmembrado) |
| | : MARCOS ALBERTO AMANCIO DE MEDEIROS (desmembrado) |
| | : MARCELO PEREIRA BEZERRA (desmembrado) |
| | : HARRY PERLMAN (desmembrado) |
| | : DENNIS FRED PERLMAN (desmembrado) |
| | : JOSE SETTANNI JUNIOR (desmembrado) |
| | : NEIDE BISTACO SETTANNI (desmembrado) |
| | : DORIVAL ZIROLDO (desmembrado) |
| | : BEATRIZ LEITE ARIETA FERREIRA (desmembrado) |
| | : LUIZA ARIETA DA COSTA FERREIRA (desmembrado) |
| EXCLUIDO(A) | : MARCOS ANTONIO FERREIRA (desmembrado) |
| ADVOGADO | : SP305332 JONATHAN ARIEL RAICHER |
| EXCLUIDO(A) | : MARIZA DA SILVA STRAMBECK TARGINO (desmembrado) |
| | : ALE MUSSI FAITARONE JUNIOR (desmembrado) |
| | : KLEBER LUIZ CABRAL PRETE (desmembrado) |
| | : JORGE LUIZ PRETE (desmembrado) |
| No. ORIG. | : 00200359720164030000 Vr SAO PAULO/SP |

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA MANTIDO.

1. Inexiste qualquer omissão a ser sanada por meio destes declaratórios.
2. Em que pesem as razões de inconformismo da defesa, sem a demonstração do efetivo prejuízo ao embargante no caso concreto, não é possível o reconhecimento da nulidade apontada ("*pas de nullité sans grief*").
3. Embargos de declaração não acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

PAULO FONTES

Desembargador Federal

00005 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0013468-22.2003.4.03.6106/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2003.61.06.013468-0/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|--------------|---|--|
| RELATOR | : | Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW |
| EMBARGANTE | : | JOSE CARLOS DORNELLAS |
| ADVOGADO | : | SP273614 LUIS ROBERTO BRAGA e outro(a) |
| EMBARGADO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00134682220034036106 1 Vr SAO JOSE DO RIO PRETO/SP |

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

1. Não se conhece das preliminares alegadas, uma vez que a 11ª Turma, por unanimidade, rejeitou de forma pormenorizada as questões.
2. Assiste razão à defesa para fazer prevalecer o voto vencido proferido pelo Desembargador Federal José Lunardelli, de forma a manter o acórdão que reconheceu a nulidade da denúncia desde o início, por inépcia.
3. Conheço, em parte, dos embargos infringentes e, na parte conhecida, dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conhecer em parte dos embargos infringentes e, na parte conhecida, dar provimento, para fazer prevalecer o voto vencido do Desembargador Federal José Lunardelli, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

Andre Nekatschalow
Desembargador Federal Relator

00006 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0000615-78.2017.4.03.6109/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2017.61.09.000615-0/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|--------------|---|--|
| RELATOR | : | Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW |
| EMBARGANTE | : | JULIANO CESAR VICENTE reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP100878 CRISTIANA FRANCISCA HERMOGENES |
| EMBARGADO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00006157820174036109 9 Vr CAMPINAS/SP |

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTS. 241-A E 241-B DA LEI N. 8.069/90. PENA-BASE E PENA DE MULTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PREVALÊNCIA DO VOTO DIVERGENTE.

1. A pena fixada no voto vencido atende aos fins do art. 59 do Código Penal, mostrando-se necessária e suficiente à prevenção e reprovação do delito. Infere-se dos autos a acentuada reprovabilidade das condutas praticadas pelo réu a justificar a fixação da pena-base de cada delito acima do mínimo legal, mas não no máximo previsto em abstrato para cada espécie delitiva, sendo aplicáveis os mesmos critérios à pena de multa.
2. Consta ter sido apreendido o seguinte material relativo ao armazenamento de imagens e vídeos de conteúdo pedófilo: 11 CDs, contendo o total aproximado de 220 arquivos; 1 DVD intitulado "8Gb Proibidos", contendo 5 arquivos de vídeo; 1 aparelho celular contendo 9 fotografias; 1 computador com CPU preta Goldship, contendo mais de 91,4 Gb de arquivos, em sua maioria, de pornografia envolvendo crianças, sendo 1376 arquivos, dentre fotos e vídeos, e 1 computador com CPU branca Positivo, com 2 HDs contendo material relativo à pedofilia, sendo 20 arquivos de vídeo e 35 arquivos de foto (cfr. fls. 596/597 da sentença, tópico "2.1 Materialidade").
3. Restou demonstrada a transmissão de grande quantidade de vídeos e imagens de conteúdo pedófilo por meio de programas de informática via rede mundial de computadores. Consoante a sentença, a perícia e o relatório de inteligência policial demonstram que foram compartilhados mais de 300 mil arquivos no período de 03.05.16 a 26.11.16, sendo que a análise do programa Shareaza evidenciou a transmissão de 1441 arquivos (cfr. fls. 597/599v. da sentença, tópico "2.1 Materialidade").
4. Conforme consignado na sentença, o réu tem conhecimento diferenciado na área de informática e a prática dos delitos relativos ao armazenamento e à disponibilização do material pedófilo mostrou-se extensa.
5. No tocante ao delito do art. 241-A da Lei n. 8.069/90, foram ponderadas de modo negativo a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime. O réu não tem antecedentes criminais e nada há de relevante acerca das demais circunstâncias. Considerados, portanto, os elementos específicos do caso, a denotar a gravidade da conduta, mostra-se adequada a fixação da pena-base do delito do art. 241-A da Lei n. 8.069/90 em 5 (cinco) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, nos termos do voto vencido.
6. No tocante ao delito do art. 241-B da Lei n. 8.069/90, foram ponderadas de modo negativo as circunstâncias e as consequências do crime. O réu não tem antecedentes criminais e nada há de relevante acerca das demais circunstâncias. Considerados, portanto, os elementos

específicos do caso, mostra-se adequada a fixação da pena-base do delito do art. 241-B da Lei n. 8.069/90 em 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, nos termos do voto vencido.

7. Embargos infringentes providos para que prevaleça o voto vencido, sendo fixada a pena final do réu em 10 (dez) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 47 (quarenta e sete) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/90, em concurso material.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido para redução da pena-base de ambos os delitos, restando definitiva a pena do réu Juliano Cesar Vicente em 10 (dez) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 47 (quarenta e sete) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/90, em concurso material, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031450-21.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: SERVAL INDUSTRIA E COMERCIO DE VALVULAS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALFREDO BERNARDINI NETO - SP231856-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por Serval Indústria e Comércio de Válvulas Ltda. contra a decisão que, nos autos de execução fiscal, indeferiu o desbloqueio de valores atingidos pela penhora *online*.

Em suas razões recursais, a agravante alega, em síntese, que os valores bloqueados seriam destinados ao pagamento dos salários dos empregados da empresa. Sustenta a necessidade de observância do princípio da menor onerosidade do devedor. Requer, por fim, a aceitação dos bens ofertados à penhora.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Nos termos do artigo 995, parágrafo único do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator se, da imediata produção dos seus efeitos, houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Na hipótese, a partir de uma análise perfunctória do recurso, verifico que não houve demonstração da probabilidade de provimento do recurso.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC - Código de Processo Civil de 1973, no sentido de que é possível o deferimento da penhora *online* mesmo antes do esgotamento de outras diligências:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL.

1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: REsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010)...

12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente.

13. À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à égide da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a vacatio legis de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras...

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1184765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010)

Assim, se o executado é citado, não paga o débito nem tampouco nomeia bens à penhora, como no presente caso, pode o juiz desde logo determinar a penhora por meio eletrônico, ou seja, via sistema BACENJUD, nos termos autorizados pelo artigo 854 do Código de Processo Civil.

Anoto, ainda, que a alegação de que os valores bloqueados se destinam ao pagamento de salários não torna os valores bloqueados impenhoráveis. A impenhorabilidade do artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil protege os salários que integram o patrimônio do trabalhador, e não os bens do patrimônio do empregador que, pretensamente, se destinam ao pagamento de sua folha salarial. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPENHORABILIDADE DOS VALORES DEPOSITADOS EM CONTAS BANCÁRIAS NÃO DEMONSTRADA. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 15, I, DA LEI Nº 6.830/80. 1. O cerne da controvérsia consiste em verificar a possibilidade ou não de manutenção da penhora dos ativos financeiros da empresa executada, por meio da utilização do sistema Bancejud, diante das alegações de que todo o faturamento daquela teria sido bloqueado e de que teria havido requerimento de substituição de penhora por bens móveis capazes de satisfazer a dívida exequenda. 2. Inicialmente, constata-se que o caso vertente não diz respeito à penhora sobre o faturamento, prevista nos arts. 655, VII, e 655-A, parágrafo 3º, ambos do CPC, mais sim à penhora de ativos financeiros da empresa executada, por meio da utilização do sistema Bacenjud. 3. A recorrente não conseguiu comprovar a impenhorabilidade dos valores depositados em suas contas bancárias, nem carrou prova cabal capaz de demonstrar que se encontre em dificuldade financeira (muito menos extrema), o que afasta a aparência do bom direito. Na verdade, verifica-se em extrato bancário a existência de transferência eletrônica disponível (TED) em favor da agravante, no valor de R\$76.423,29, sem qualquer demonstração de vinculação ao seu faturamento. 4. Convém salientar que eventual destinação de valores existentes nas contas bancárias da empresa para o pagamento da folha salarial desta não tem o condão de torná-los impenhoráveis, até porque o referido montante ainda se encontra na titularidade da empresa executada. 5. O indeferimento da substituição de penhora pela juíza a quo encontra lastro no disposto no art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, uma vez que a executada não requereu a substituição da constrição por depósito em dinheiro ou fiança bancária, mas sim por bens móveis de menor liquidez e de difícil alienação, estando, portanto, justificada a recusa da credora, expressa nas contrarrazões. 6. A aplicação do disposto no art. 620 do CPC não pode significar afronta ao contido no art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, c/c o art. 612 do CPC. 7. Precedente desta Corte: AG125919/PE. 8. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.

Por fim, a r. decisão agravada determinou a intimação da exequente para que se manifeste acerca da indicação de bens feita pela agravante. Note-se que o credor não está obrigado a aceitar bens nomeados à penhora em desobediência à ordem legal do artigo 11, inciso I e artigo 1º, *in fine*, da Lei 6.830/1980, c/c artigo 835, inciso I, do CPC.

Assim, a ausência de um dos requisitos para a concessão do efeito suspensivo ativo já é suficiente para seu indeferimento, sendo desnecessária, neste momento, a análise do perigo de dano.

Ante o exposto, **indefiro** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031546-36.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO HENRIQUE GUEDES SARDINHA - SP241739-A

AGRAVADO: JESSE DE SOUZA QUINTELA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

D E C I S Ã O

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, interposto por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF contra a decisão que, em sede de ação de indenização securitária, promovida por JESSE DE SOUZA QUINTELA E OUTROS, declinou a competência para a Justiça Comum Estadual para julgamento da ação.

Sustenta a agravante, em síntese, que tem interesse e deve intervir no feito porque há risco de comprometimento do FCVS, devendo ser mantida a competência da Justiça Federal.

É o relatório.

Fundamento e decidido.

Nos termos do art. 932, inciso IV, "b", do Código de Processo Civil incumbe ao relator, por meio de decisão monocrática, negar provimento ao recurso que for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

O caso comporta decisão na forma do artigo 932, IV, "b", do CPC.

Com efeito, na hipótese, a decisão recorrida entendeu que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF é a parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento, em julgamento pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que, para as apólices firmadas no período que vai de 02/12/1988 (Lei 7.682) até 29/06/1998 (MP 1.691-1), que são necessariamente da modalidade "pública"; bem como para as apólices firmadas de 02/12/1988 (Lei 7.682) até 29/12/2009 (MP 478/2009), na modalidade "pública", ou seja, "ramo 66", ou que para esta modalidade tenham sido migradas, resta evidente o interesse da CEF em intervir na lide, em razão da possibilidade de comprometimento do FCVS.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO HABITACIONAL. APÓLICE PÚBLICA. FESA/FCVS. APÓLICE PRIVADA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA SEGURADORA. INTERESSE JURÍDICO DA CEF. RECURSO REPETITIVO. CITAÇÃO ANTERIOR À MP 513/2010 CONVERTIDA NA LEI 12.409/11.

1. Ação ajuizada antes da edição da MP 513/2010 (convertida na Lei 12.409/2011) contra a seguradora, buscando a cobertura de dano a imóvel adquirido pelo autor no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de intervenção da CEF, na qualidade de assistente simples da seguradora.
2. O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) administrado pela CEF, do qual o FESA é uma subconta, desde a edição do Decreto-lei 2.476/88 e da Lei 7.682/88 garante o equilíbrio da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (Ramo 66), assumindo integralmente os seus riscos. A seguradora privada contratada é mera intermediária, prestando serviço mediante remuneração de percentual fixo dos prêmios de seguro embutidos nas prestações.
3. Diversamente, no caso de apólices de seguro privadas, cuja contratação no âmbito do SFH somente passou a ser admitida a partir da edição da MP 1.671, de 1998, o resultado da atividade econômica e o correspondente risco é totalmente assumido pela seguradora privada, sem possibilidade de comprometimento de recursos do FCVS .
4. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento.

Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66 , garantida pelo FCVS , existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal.

5. Hipótese em que o contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional da única autora foi celebrado em condições de mercado, não sendo vinculado à Apólice Única do SH/SFH. Inexistência de interesse jurídico da CEF. Competência da Justiça Estadual.
6. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos do julgado no caso concreto, apenas para fazer integrar os esclarecimentos acima à tese adotada para os efeitos do art. 543-C, do CPC.

(STJ, EDcl no REsp 1091363/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 28/11/2011)

No mesmo sentido o entendimento desta Corte Regional:

AGRAVO LEGAL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INGRESSO/MANUTENÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA LIDE. REQUISITOS. RESP 1.091.393. COMPROMETIMENTO DO FCVS . ATENDIMENTO. PROVIMENTO.

1. O Colendo Superior Tribunal de Justiça acabou por fixar entendimento de que o ingresso da Caixa Econômica Federal nas ações em que se discute indenização do seguro habitacional no âmbito do SFH não é automático, estabelecendo requisitos para que possa figurar na lide (Resp 1.091.393).
2. Depreende-se da referida decisão que é fundamental para a configuração do interesse: que o contrato tenha sido celebrado entre 02.12.1988 e 29.12.2009; que o instrumento esteja vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66), bem como a demonstração cabal do comprometimento do FCVS , com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA.
3. No caso dos autos os documentos demonstram que os contratos pertencem ao ramo 66 (público), bem como que foram assinados no ano de 1991.

4. Reconhecido o comprometimento do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento deve ser reformada para manter a Caixa Econômica Federal na lide.

5. Agravo legal provido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AI 0003067-94.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 19/05/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/05/2014)

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SEGURO ADJETO AO PACTO DE MÚTUO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APÓLICE PÚBLICA. CONTRATO FIRMADO COM COBERTURA PELO FCVS .

1. Vindicado ingresso da CEF, empresa pública federal, numa causa gera a incompetência absoluta da Justiça Estadual, pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da empresa pública em determinada lide.

2. Cuidando-se de pedido que envolva o acionamento do contrato de seguro habitacional faz-se necessária a análise detida do ramo ao qual está vinculada a apólice do seguro contratado, bem como de eventual alteração por ocasião da sua renovação anual.

3. A questão foi objeto de análise pelo e. STJ que assim se pronunciou: Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66).

4. No caso dos autos o contrato de financiamento foi firmado em período quando somente poderia ser contratado seguro habitacional do ramo 66 - público, evidenciando o interesse da CEF na lide. Ademais, não demonstrado que o mutuário tenha optado pela contratação de novo seguro migrando para o ramo privado, é de se interpretar que o ramo da apólice se manteve.

5. O agravo legal, em especial, visa submeter ao órgão colegiado a legalidade da decisão monocrática proferida, afora isso, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

6. Agravo legal ao qual se nega provimento.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AI 0015298-22.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 12/08/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2014)

Na hipótese, conforme consignado na própria decisão recorrida, o contrato da autora foi celebrado anteriormente ao período compreendido entre 02.12.1988 e 29.12.2009, restando, portanto, evidenciada a ausência de interesse da Caixa Econômica Federal na lide, com a consequente incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação originária.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento com fundamento no artigo 932, IV, "b", do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao D. Juízo de origem.

Decorrido o prazo legal sem impugnação, baixem os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

D E C I S Ã O

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por Marinalva de Assis Rocha contra r. sentença que julgou improcedente a ação em que se objetiva a substituição do índice de correção monetária de sua conta vinculada do FGTS e o pagamento das diferenças apuradas, nos termos da exordial. Sem condenação em honorários advocatícios. Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões de apelação, a parte autora sustenta, em síntese, que a Taxa Referencial - TR não pode ser utilizada como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, porquanto não reflete a real inflação do período.

Requer a reforma da r. sentença para que a recorrida seja condenada nos pedidos formulados na inicial.

Com as contrarrazões da CEF, vieram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O caso comporta julgamento na forma do art. 932, IV, *b*, do CPC.

Conheço da apelação, recebendo-a em seus regulares efeitos (art. 1.012, *caput*, do CPC).

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

Nesse passo, todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da lei 8.036/90:

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de 3% ao ano.

Com o advento da Lei nº 8.177/1991, que estabeleceu regras para a desindexação da economia, ficou disposto que:

Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.

Posteriormente, a Lei 8.660/93, que estabelecia novos critérios para a fixação da Taxa Referencial - TR, extinguiu a Taxa Referencial Diária - TRD, e estabeleceu a TR como critério de remuneração da poupança:

Art. 2º. Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

(...)

Art. 7º. Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

Dessa forma, a atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da lei 8.177/91.

Destarte, os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS.

A respeito da sua aplicabilidade sobre os valores devidos a título de FGTS, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 459: "*A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo*".

Diante das disposições legais que estabelecem a TR como o índice legal devido, **descabe a sua substituição por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.**

Convém salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, caput, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA REFERENCIAL. INCLUSÃO NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. 1. Acórdão recorrido assentando que a questão discutida no recurso versa erro de direito atingido pelo fenômeno da preclusão. 2. Agravo interposto na fase da expedição do precatório, consoante iterativa jurisprudência, não pode fazer às vezes de embargos do executado e superar a preclusão. 3. É assente no Egrégio STJ que omissa a sentença é lícita a inclusão de índices na conta de liquidação cujo trânsito da sentença, por ausência de oposição à subsequente correção inibe a impugnação quando da expedição do Precatório. Precedentes: ERESP nº 478359/SP, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 13.09.2004; RESP 445630/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 24.03.2003; RESP 463118, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 15.12.2003. 4. Destarte, in casu, não houve erro material, isto porque a inclusão de expurgos adveio da determinação contida na própria sentença. Outrossim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de ser cabível a inclusão dos chamados expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, na fase de execução, de modo a refletir a real desvalorização da moeda. Contudo, a possibilidade de inclusão dos expurgos inflacionários adstringe-se ao momento anterior ao trânsito em julgado da sentença de homologação dos cálculos de liquidação, em respeito aos institutos da preclusão e da coisa julgada. 5. É assente restar correta a aplicação da TR nos cálculos, haja vista que o STF, em hipóteses análogas, em ADIns fundadas na sua impugnação como fator de correção monetária, concluiu que referido índice referenciador não foi suprimido do ordenamento jurídico, restando apenas que o mesmo não poderia substituir outros índices previamente estabelecidos em lei ou em contratos, pena de violação do ato jurídico perfeito. Sob esse ângulo, "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI." (RE-175678/MG - Rel. Ministro Carlos Velloso) 6. A sentença exequenda determinou fosse a restituição "acrescida de correção monetária e juros de mora", sem especificar índices, conforme fls. 29 dos autos. 7. No que pertine à aplicação da correção monetária, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. 8. O erro material caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a representar a manifestação viciada da vontade, e pode ser sanado a qualquer tempo, para subtrair os expurgos da conta de precatório complementar, sem que se ofenda a coisa julgada, hipótese que o próprio Tribunal a quo entendeu incorrente, in casu. 9. Recurso Especial desprovido." (STJ, 1ª T. RESP 706.633, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 27/06/2005).

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA. 1. Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS. A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que "a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei nº 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei nº 8.177/91, artigo 12, I)". Recurso especial que se insurge quanto à manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei n. 8.177/91, por intermédio da edição da Lei n. 8.218/91. Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo. 3. Precedentes: RESP 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005; REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006. 4. Recurso especial não-provido." (REsp 992.415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

"ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS - APLICAÇÃO DA TR - JUROS REMUNERATÓRIOS - ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. 1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA. 3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei. 4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010. 5. Apelação desprovida. Sentença mantida." (TRF2, AC nº 524737, 5ª Turma Especial, Rel. MARCUS ABRAHAM, E-DJF2R - 30/11/2012, p. 62).

"FGTS. CORREÇÃO DE SALDOS DA CONTA VINCULADA. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPCA, INPC OU QUALQUER OUTRO ÍNDICE QUE MELHOR REFLITA A INFLAÇÃO. LEIS 8.036/90, 8.117/91 E 8.660/93. SÚMULA 459 DO STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. 1. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. 2. A Lei 8.036/90, responsável por regular normas e diretrizes do FGTS, expressamente estabelece que os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de 3% ao ano. 3. À vista dessas disposições, sobreveio a Lei 8.177, de 1991, dispondo, em seu art. 17, parágrafo único, que, a partir de fevereiro de 1991, tanto os saldos da conta vinculada ao FGTS, como as contas de poupança, passariam a ser remunerados pela TRD - Taxa Aplicável à Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança. 4. Posteriormente, a Lei 8.660/93 foi expressa em extinguir, a partir de 01/05/1993, a TRD, tendo estabelecido a TR como critério de remuneração da poupança. 5. A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. 6. Descabe a substituição TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. 7. Além disso, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, haja vista que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. 8. Apelação improvida." (TRF 3ª Região, AC 2014.61.40.000654-6/SP, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, j. 21.10.2014, DE 29.10.2014, v.u.) .

De qualquer sorte, a matéria não comporta mais discussão diante do julgamento do REsp nº 1.614.874/SC, submetido ao regime dos recursos repetitivos.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 11/04/2018, sob a Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, no sentido de manter a Taxa Referencial como forma de atualização monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, fixando a tese de que "A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice".

A ementa restou consignada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 731. ARTIGO 1.036 DO CPC/2015. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES DEPOSITADOS POR ÍNDICE QUE MELHOR REPONHA AS PERDAS DECORRENTES DO PROCESSO INFLACIONÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FGTS QUE NÃO OSTENTA NATUREZA CONTRATUAL. REGRAMENTO ESTABELECIDO PELO ART. 17 DA LEI N. 8.177/1991 COMBINADO COM OS ARTS. 2º E 7º DA LEI N. 8.660/1993. 1. Para os fins de aplicação do artigo 1.036 do CPC/2015, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 2. O recorrente assevera que "[...] a TR deixou de refletir, a partir de 1999, as taxas de inflação do mercado financeiro, e, por conseguinte, o FGTS também deixou de remunerar corretamente os depósitos vinculados a cada trabalhador" (fl. 507). Defende a aplicação do INPC ou IPCA ou, ainda, de outro índice que melhor reponha as perdas decorrentes da inflação. 3. Por seu turno, o recorrido alega que a lei obriga a aplicação da TR como fator de correção de monetária, na medida em que o FGTS não tem natureza contratual, tendo em vista que decorre de lei todo o seu disciplinamento, inclusive a correção monetária que lhe remunera. 4. A evolução legislativa respeitante às regras de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS está delineada da seguinte forma: (i) o art. 3º da Lei n. 5.107/1966 previra que a correção monetária das contas fundiárias respeitaria a legislação específica; (ii) posteriormente, a Lei n. 5.107/1966 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 20/1966, e o art. 3º supra passou a prever que os depósitos estariam sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação e capitalizariam juros segundo o disposto no artigo 4º; (iii) em 1989, foi editada a Lei n. 7.839, que passou a disciplinar o FGTS e previu, em seu art. 11, que a correção monetária observaria os parâmetros fixados para atualização dos saldos de depósitos de poupança; (iv) a Lei n. 8.036/1990, ainda em vigor, dispõe, em seu art. 13, a correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS com parâmetro nos índices de atualização da caderneta de poupança; (v) a Lei n. 8.177/1991 estabeleceu regras de desindexação da economia, vindo a estipular, em seu art. 17, que os saldos das contas do FGTS deveriam ser remunerados, e não mais corrigidos, pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança; e (vi) a partir da edição da Lei n. 8.660/1993, precisamente em seus arts. 2º e 7º, a Taxa Referencial. 5. O FGTS não tem natureza contratual, na medida em que decorre de lei todo o seu disciplinamento. Precedentes RE 248.188, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1/6/2001; e RE 226.855/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13/10/2000. 6. É vedado ao Poder Judiciário substituir índice de correção monetária estabelecido em lei. Precedentes: RE 442634 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30/11/2007; e RE 200.844 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/08/2002. 7. O FGTS é fundo de natureza financeira e que ostenta característica de multiplicidade, pois, além de servir de indenização aos trabalhadores, possui a finalidade de fomentar políticas públicas, conforme dispõe o art. 6º da Lei 8.036/1990. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 8. A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice. 9. Recurso especial não provido. Acórdão submetido à sistemática do artigo 1.036 do CPC/2015.

Nesse sentido os arestos emanados desta Corte Regional:

DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 CPC/15. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO IMPROVIDO. I - A Taxa Referencial (TR) foi instituída pela Medida Provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1991, convertida na lei nº 8.177, de 1º de março de 1991. II - Posteriormente, a partir de 01/05/1993, a TRD foi substituída pela TR como critério de remuneração da poupança, conforme disposto pela Lei 8.660/93 em seus art. 2º e 7º. III - O STJ editou a Súmula nº 459, dispondo que a TR é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. IV - Quanto ao decidido no julgamento das ADINs n. 4.357 e 4.425, o Egrégio STF reconheceu repercussão geral à questão da constitucionalidade do uso da TR e dos juros da caderneta de poupança para o cálculo da correção monetária e dos ônus de mora nas dívidas da Fazenda Pública, e vem determinando, por meio de sucessivas reclamações, e até que sobrevenha decisão específica, a manutenção da aplicação da Lei n. 11960/2009 até 25/3/2015. V - Assim, até o pronunciamento final do STF acerca do mérito do referido recurso extraordinário, a Lei 11.960/2009 continua vigente em fase de conhecimento/liquidação de sentença, pois no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros de mora a serem aplicados na liquidação de sentenças, pois referidos acessórios, nas ADIs nº 4.357 e 4.425, tiveram por alvo apenas a fase do precatório. VI - Verifica-se, portanto, que inexistente qualquer ilegalidade na aplicação da TR como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS. VII - Ademais, em 11.04.2018 a 1ª Seção do Colendo STJ julgou o REsp Repetitivo nº 1.614.874-SC (tema 731), manteve a TR como índice de atualização das contas do FGTS. O colegiado, de forma unânime, estabeleceu a tese de que "a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice". VIII - Agravo interno improvido. (Ap 00100597020144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A r. decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A parte agravante não apresenta argumentos relevantes que autorizem ou justifiquem a reforma da r. decisão agravada. 3. Quanto à matéria tratada nesse feito, ou seja, o cabimento da TR na atualização dos saldos de FGTS, em recentíssima data, a questão foi levada a julgamento pela C. Primeira Seção do STJ, em 11.04.18, no Recurso Especial nº 1.614.874/SC, afetado pelo rito do artigo 1.037, II do novo Código de Processo Civil, sob a Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. Em tal data, por unanimidade, foi desprovido o recurso especial que tinha como objeto a possibilidade de a TR ser substituída por outro índice de correção monetária mais vantajoso para atualização dos saldos existentes em contas fundiárias (acórdão pendente de publicação). 4. Entendeu o C. STJ que a adoção de indexador distinto do eleito pelo legislador provocaria violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria atuando como legislador positivo. 5. Tratando-se de questão jurídica cujo debate nos Tribunais subsiste há décadas, em todo esse período sempre se aplicando a TR para correção monetária, não se antevê plausibilidade em questionamentos de ordem constitucional contra referida aplicação, especificamente, nas contas de FGTS, questão que, afinal, somente deverá ser solucionada pelo C. Supremo Tribunal Federal, na condição de tribunal constitucional do país e, inclusive, com eventual decisão sobre modulação dos efeitos do julgado. 6. Agravo legal desprovido. (Ap 00037506320154036111, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Outrossim, cumpre consignar que a existência de *decisum* submetido ao regime dos recursos repetitivos autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independentemente do trânsito em julgado.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EFETIVADO NOS TERMOS DO ART. 1.040, II, DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DO ARESTO PROLATADO NO RE 579.431/RS, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Na matéria, o STF consigna que "a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma" (ARE 977.190 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 23/11/2016). 2. Assim, tanto os julgados do STJ quanto os do STF já firmaram entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral. Precedentes: STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015. 3. O referido posicionamento vem ao encontro do que dispõe o art. 1.040, II, do CPC/2015, quando consigna que "o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior". 4. Embargos de declaração rejeitados. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrigli, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão. (DERESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - 1150549 2010.01.02985-5, OG FERNANDES, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:23/03/2018 ..DTPB:.) -g.n.

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, TIDOS POR VIOLADOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, NA VIA ESPECIAL, PELO STJ. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 17/04/2018. II. O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, dar parcial provimento ao Recurso Especial da contribuinte, tão somente para, nos termos do pedido inicial, afastar a incidência do ICMS na base de cálculo da COFINS, em consonância com o decidido pelo STF, no RE 574.706/PR, determinando que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das questões decorrentes da reforma do acórdão da Apelação. III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do decisum. IV. **A jurisprudência do STF e do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar - como pretende a embargante - o trânsito em julgado, para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral.** Precedentes (STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra DÍVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 08/06/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/10/2015; AgInt no REsp 1.336.581/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/09/2016). V. Na forma da jurisprudência do STJ, "a pendência de publicação do acórdão proferido no julgamento da Repercussão Geral pelo STF (RE 574.706/PR) não constitui hipótese de sobrestamento" (STJ, AgInt no REsp 1.609.669/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/04/2018). Na mesma direção: STJ, EDcl no AgInt no AgRg no AgRg no AREsp 430.921/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2018. VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de manifestação desta Corte, em sede de Recurso Especial, ainda que para fins de prequestionamento, a respeito de alegada violação a dispositivos da Constituição Federal. Precedentes. VII. Embargos de Declaração rejeitados. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. (EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1144807 2009.01.84154-0, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/06/2018 ..DTPB:.) – g.n.*

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, IV, *b*, do CPC, **nego provimento** ao recurso de apelação.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, observados os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 3º do artigo 98 do CPC.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031111-62.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TORETI & TORETI COMERCIO DE CONCRETO USINADO E ARGAMASSA LTDA

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO** contra decisão que, os autos da Execução Fiscal ajuizada na origem, determinou à agravante que emendasse ou substituisse a inicial, indicando quais contribuições a agravante exige em cada competência, nos seguintes termos:

“(…) III. DISPOSITIVO

*Diante do exposto, considerando o esforço do Il. PFN em tentar esclarecer este Juízo Federal acerca dos tributos exigidos, **faculto** à **UNIÃO FEDERAL** emendar ou substituir a inicial, nos termos do art. 2º, § 8º, da LEF, sob pena de extinção da execução, **indicando qual ou quais contribuições a UNIÃO FEDERAL exige em cada competência (mês).***

Deixo de apreciar, por ora, a exceção de pré-executividade de fls. 101/159 e a petição da exequente de fls. 181/181-v.

Intimem-se”

(negrito e sublinhado originais)

Alega a agravante que os artigos 2º da LEF e 202 do CTN não preveem a necessidade de indicação da natureza do débito em relação a cada competência e argumenta que a natureza das contribuições sociais está especificada nas certidões de dívida ativa, seja por meio dos dispositivos legais citados, seja pela discriminação do que sejam tais dispositivos. Defende que a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez que não pode ser afastada de ofício, apenas por prova inequívoca e a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite, nos termos do artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 6.830/80.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, II do Novo Código de Processo Civil, incumbe ao relator a apreciação dos pedidos de tutela provisória nos recursos, *verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(…)

No caso em comento, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, verifico presentes os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.

A discussão instalada no presente recurso diz com a regularidade das Certidões de Dívida Ativa que instruíram a execução fiscal de origem. Quanto ao tema, contudo, entendo que assiste razão à agravante.

Os requisitos obrigatórios da Certidão de Dívida Ativa estão previstos no artigo 202 do CTN e artigo 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80, a saber:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I – o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II – a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III – a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV – a data em que foi inscrita;

V – sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na [Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964](#), com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 5º – O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I – o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

(...)

No caso dos autos, o documento Num. 10231275 – Pág. 13/69 demonstra que as certidões de dívida ativa que instruíram o feito originário preenchem os requisitos legais, indicando os fundamentos legais e período da dívida, critérios de atualização, valor originário e eventuais encargos, inexistindo qualquer vício ou omissão capaz de invalidá-las. Neste sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NULIDADE DA CDA. NÃO COMPROVAÇÃO. PAGAMENTO DO DÉBITO FISCAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. No tocante à nulidade alegada, a teor do disposto no artigo 204 do CTN, reproduzido pelo artigo 3º da Lei n.º 6.830/80, a Dívida Ativa regularmente inscrita goza de presunção “juris tantum” de certeza e liquidez, podendo ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite. 2. No caso concreto, as CDAs n.º 36.497.039-1 e n.º 36.497.040-5 preenchem, a contento, os requisitos exigidos pelos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º, da Lei n.º 6.830/80. 3. Com efeito, verifica-se que foram especificados nas CDAs os fundamentos legais da dívida, a natureza do crédito, a origem, a quantia principal e os encargos, não havendo qualquer omissão que as nulifique, sendo notório, ainda, que os créditos fiscais em cobro foram constituídos via DCGB – DCG Batch, ou seja, mediante confissão da dívida pelo próprio contribuinte em GFIP. 4. Por fim, com relação à alegação de que as contribuições relativas às competências indicadas nas CDAs já foram objeto de pagamento, observa-se que, no caso dos autos, a questão demanda dilação probatória, incompatível com a via da exceção de pré-executividade. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, Primeira Turma, AI 00171821820164030000, Relator Desembargador Federal Valdeci dos Santos, e-DJF3 22/02/2017)

Quanto à exigência da decisão agravada de que a agravante indique a natureza do débito em relação a cada competência, observo que os dispositivos legais não preveem esta informação como requisito obrigatório, de modo que sua ausência no título não lhe acarreta qualquer nulidade.

De qualquer sorte, trata-se de crédito relativo à contribuição previdenciária que foi constituído por meio da entrega da declaração pelo próprio contribuinte, não havendo, desta forma, que se falar em desconhecimento sobre o que está sendo cobrado.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*. Intime-se a parte agravada, nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Publique-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031201-70.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: THAIS DAYANE A VALOS MARTINS DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: TELMO CEZAR LEMOS GEHLEN - MS17725-A

AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **THAIS DAYANE AVALOS MARTINS DA SILVA** contra decisão que, nos autos da Ação de Consignação em Pagamento ajuizada na origem, indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado com o objetivo de suspender a venda do debatido no feito de origem a terceiros.

Alega a agravante que pretende continuar depositando o valor correspondente às parcelas vencidas, bem como as despesas de cartório e ITBI, além de outras despesas relativas ao procedimento de consolidação da propriedade e afirma que está depositando em sede de consignação as parcelas atrasadas e as vincendas no curso da presente demanda. Defende a possibilidade de se purgar a mora após a consolidação da propriedade em favor do fiduciário, nos termos da Lei nº 9.514/1997 e Decreto-Lei nº 70/1966.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, II do Novo Código de Processo Civil, incumbe ao relator a apreciação dos pedidos de tutela provisória nos recursos, *verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(...)

No caso em comento, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, verifico presentes os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.

Examinando os autos do feito originário, verifico que em 20.12.2013 agravantes e agravada celebraram *Contrato de Compra e Venda de Unidade Concluída, Mútuo com Alienação Fiduciária em Garantia e Outras Obrigações – Apoio à Produção de Habitações e Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV – Recursos do FGTS* (Num. 2930666 – Pág. 1/9, Num. 2930668 – Pág. 1/8 e Num. 2930672 – Pág. 1/8 do processo de origem).

Segundo consta da cláusula décima sexta (Num. 2930668 – Pág. 1 do processo de origem), o contrato foi celebrado segundo as regras do Sistema Financeiro Imobiliário, nos termos da Lei nº 9.514/97, que assim dispõe:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

(...)

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

(...)

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

No contrato de financiamento com garantia por alienação fiduciária, o devedor/fiduciante transfere a propriedade do imóvel à Caixa Econômica Federal (credora/fiduciária) até que se implemente a condição resolúvel que é o pagamento total da dívida. Liquidado o financiamento, o devedor retoma a propriedade plena do imóvel, ao passo que, havendo inadimplemento dos termos contratuais, a Caixa Econômica Federal, obedecidos os procedimentos previstos na lei, tem o direito de requerer ao Cartório a consolidação da propriedade do imóvel em seu nome, passando a exercer a propriedade plena do bem.

Registro, por necessário, que o procedimento previsto pela Lei nº 9.514/97 não se reveste de qualquer nódoa de ilegalidade. Neste sentido, transcrevo recente julgado proferido por esta Corte Regional:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – SFH. LEI 9.514/1997. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1 – A alienação fiduciária representa espécie de propriedade resolúvel, de modo que, conforme disposto pela própria Lei n. 9.514/97, inadimplida a obrigação pelo fiduciante a propriedade se consolida em mãos do credor fiduciário. 2 – Por ocasião do leilão de que trata o art. 27 da Lei n. 9.514/97 o imóvel não pertence mais ao patrimônio do devedor fiduciante, razão pela qual desnecessária qualquer notificação ao fiduciante quanto a sua realização. 3 – Do que há nos autos, não é possível aferir o *fumus boni iuris* na conduta da agravada. **Afasta-se de plano a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista pela Lei n. 9.514/97, a semelhança do que ocorre com a execução extrajudicial de que trata o Decreto-Lei n. 70/66 de há muito declarada constitucional pelo STF. 4 – Os contratos de financiamento foram firmados nos moldes do artigo 38 da Lei n. 9.514/97, com alienação fiduciária em garantia, cujo regime de satisfação da obrigação (artigos 26 e seguintes) diverge dos mútuos firmados com garantia hipotecária. 5 – **A impontualidade na obrigação do pagamento das prestações pelo mutuário acarreta o vencimento antecipado da dívida e a imediata consolidação da propriedade em nome da instituição financeira.** 6 – **Não consta, nos autos, evidências de que a instituição financeira não tenha tomado as devidas providências para tanto, nos termos do art. 26, da Lei 9.514/97. (...)** 9 – O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não fere o direito de acesso ao Judiciário, porquanto não proíbe ao devedor, lesado em seu direito, levar a questão à análise judicial. (...) Outrossim, quanto a inscrição dos nomes dos devedores em cadastros de inadimplentes, a 2ª Seção do STJ dirimiu a divergência que pairava 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 STJ ou do STF e, ainda, que a parte incontroversa seja depositada ou objeto de caução idônea: 13 – Agravo legal improvido.” (negritei)**

(TRF 3ª Região, Primeira Turma, AI 00157552020154030000, e-DJF3 04/02/2016)

Quanto à purgação da mora, a Lei nº 9.514/97 prevê em seu artigo 39 a aplicação dos artigos 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/66 às operações de crédito disciplinadas por aquele diploma legal. Assim, como o artigo 34 do referido Decreto prevê que é lícita a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação, tenho entendido pela possibilidade da purgação, nos termos em que previsto pelo Decreto-Lei, desde que compreenda, além das parcelas vencidas do contrato de mútuo, os prêmios de seguro, multa contratual e todos os custos advindos da consolidação da propriedade.

A questão da purgação da mora, contudo, passou a obedecer nova disciplina com o advento da Lei nº 13.465 publicada em **12.07.2017** e que inseriu o § 2º-B ao artigo 27 da Lei nº 9.514/97, nos seguintes termos:

*§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao *laudêmio*, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.*

Assim, a partir da inovação legislativa não mais se discute o direito à purgação da mora, mas, diversamente, o direito de preferência de aquisição do mesmo imóvel pelo preço correspondente ao valor da dívida, além dos “encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao *laudêmio*, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos”.

Traçado este quadro, tenho que duas situações se distinguem.

Em primeiro, nos casos em que a consolidação da propriedade em nome do agente fiduciário ocorreu antes da inovação legislativa promovida pela Lei nº 13.465/2017, entendo que pode o mutuário purgar a mora até a assinatura do auto de arrematação, por força do artigo 34 do Decreto-Lei nº 70/66 aplicável aos contratos celebrados sob as regras da Lei nº 9.514/97 por força do artigo 39 deste diploma legal.

Nesta situação é lícito ao mutuário purgar a mora e dar continuidade ao contrato, compreendendo-se na purgação o pagamento das parcelas vencidas do contrato de mútuo, inclusive dos prêmios de seguro, da multa contratual e de todos os custos advindos da consolidação da propriedade.

Diversamente, quando a propriedade foi consolidada em nome do agente fiduciário após a publicação da Lei nº 13.465/2017 não mais se discute a possibilidade de purgar a mora, mas, diferentemente, o direito de preferência para a aquisição do mesmo imóvel mediante o pagamento de preço correspondente ao valor da dívida somado aos encargos previstos no § 2º-B do artigo 27 da Lei nº 9.514/97.

Não se trata, em verdade, de retomada do contrato originário, mas de nova aquisição – novo contrato, com direito de preferência ao mutuário anterior que poderá exercê-lo caso efetue o pagamento do montante exigido pelo dispositivo legal.

Pois bem. No caso em análise, verifico que a consolidação da propriedade em nome da agravada foi averbada na matrícula do imóvel em 23.12.2016 (Num. 3319634 – Pág. 25/26 do processo de origem), portanto, **antes** da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.465/2017. Sendo assim, entendo ser lícito ao mutuário purgar a mora mediante o pagamento das parcelas vencidas, prêmios de seguro, multa contratual e dos custos relativos à consolidação da propriedade, com a consequente retomada do contrato.

Observo, ainda, que há notícia de que a agravante depositou no feito de origem o valor das parcelas em atraso e vem depositando as parcelas vincendas do contrato debatido no feito de origem e, ainda, que a agravante noticiou a intenção de depositar também os valores relativos às despesas de cartório, ITBI e demais despesas relativas ao procedimento de consolidação da propriedade. Deverá, portanto, a agravada informar no feito de origem no prazo de 10 (dez) dias, os valores relativos aos prêmios de seguro, multa contratual e dos custos relativos à consolidação da propriedade de molde a permitir o depósito pela agravante.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de efeito suspensivo para reconhecer o direito de purgação da mora, nos termos fundamentação supra, e, por conseguinte, determino à agravada que se abstenha de transferir a propriedade do imóvel em debate a terceiros.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Intime-se a agravada.

Publique-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031267-50.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: ALEXANDRE DE CARVALHO PACHECO

Advogado do(a) AGRAVANTE: TANEIA PIAZZA GOMES MONTEIRO - SP301201

AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

Inicialmente, defiro os benefícios da justiça gratuita. Anote-se.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **ALEXANDRE DE CARVALHO PACHECO** contra decisão que, nos autos da Tutela Cautelar Antecedente, indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado com o objetivo de que fosse autorizado a depositar judicialmente as prestações vencidas e vincendas, bem como determinado à agravada que disponibilizasse o acesso aos boletos ou apresentasse os valores a serem depositados.

Alega o agravante que a agravada emitiu declaração de quitação dos valores devidos até 2017, de modo que em relação a este período nada é devido. Afirma que não teve conhecimento ou acesso ao procedimento de retomada do imóvel e que recebeu notificação acerca da realização de leilão em 05.11.2018, quando o primeiro leilão já havia sido realizado em 31.10.2018, sendo, portanto, nulo.

Pugna pela antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, II do Novo Código de Processo Civil, incumbe ao relator a apreciação dos pedidos de tutela provisória nos recursos, *verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(...)

No caso em comento, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, verifico presentes os requisitos necessários à antecipação da tutela recursal.

Examinando os autos do feito originário, verifico que agravante e agravada celebraram *Contrato de Compra e Venda de Imóvel, Mútuo e Alienação Fiduciária em Garantia no Sistema Financeiro de Habitação com Cancelamento de Ônus (se Interveniente Quitante) – Carta de Crédito Individual FGTS/Programa Minha Casa Minha Vida – CCFGTS/PMCMV – SFH* (Num. 12155610 – Pág. 1/11 do processo de origem).

Segundo consta da cláusula décima terceira (Num. 12155610 – Pág. 6 do processo de origem), o contrato foi celebrado segundo as regras do Sistema Financeiro Imobiliário, nos termos da Lei nº 9.514/97, que assim dispõe:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

(...)

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

(...)

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

No contrato de financiamento com garantia por alienação fiduciária, o devedor/fiduciante transfere a propriedade do imóvel à Caixa Econômica Federal (credora/fiduciária) até que se implemente a condição resolúvel que é o pagamento total da dívida. Liquidado o financiamento, o devedor retoma a propriedade plena do imóvel, ao passo que, havendo inadimplemento dos termos contratuais, a Caixa Econômica Federal, obedecidos os procedimentos previstos na lei, tem o direito de requerer ao Cartório a consolidação da propriedade do imóvel em seu nome, passando a exercer a propriedade plena do bem.

Registro, por necessário, que o procedimento previsto pela Lei nº 9.514/97 não se reveste de qualquer nódoa de ilegalidade. Neste sentido, transcrevo recente julgado proferido por esta Corte Regional:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – SFH. LEI 9.514/1997. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1 – A alienação fiduciária representa espécie de propriedade resolúvel, de modo que, conforme disposto pela própria Lei n. 9.514/97, inadimplida a obrigação pelo fiduciante a propriedade se consolida em mãos do credor fiduciário. 2 – Por ocasião do leilão de que trata o art. 27 da Lei n. 9.514/97 o imóvel não pertence mais ao patrimônio do devedor fiduciante, razão pela qual desnecessária qualquer notificação ao fiduciante quanto a sua realização. 3 – Do que há nos autos, não é possível aferir o *fumus boni iuris* na conduta da agravada. **Afasta-se de plano a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista pela Lei n. 9.514/97, a semelhança do que ocorre com a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei n. 70/66 de há muito declarada constitucional pelo STF. 4 – Os contratos de financiamento foram firmados nos moldes do artigo 38 da Lei n. 9.514/97, com alienação fiduciária em garantia, cujo regime de satisfação da obrigação (artigos 26 e seguintes) diverge dos mútuos firmados com garantia hipotecária. 5 – **A impontualidade na obrigação do pagamento das prestações pelo mutuário acarreta o vencimento antecipado da dívida e a imediata consolidação da propriedade em nome da instituição financeira.** 6 – **Não consta, nos autos, evidências de que a instituição financeira não tenha tomado as devidas providências para tanto, nos termos do art. 26, da Lei 9.514/97.** (...) 9 – O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não fere o direito de acesso ao Judiciário, porquanto não proíbe ao devedor, lesado em seu direito, levar a questão à análise judicial. (...) Outrossim, quanto a inscrição dos nomes dos devedores em cadastros de inadimplentes, a 2ª Seção do STJ dirimiu a divergência que pairava 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 STJ ou do STF e, ainda, que a parte incontestada seja depositada ou objeto de caução idônea: 13 – Agravo legal improvido.” (negritei)**

(TRF 3ª Região, Primeira Turma, AI 00157552020154030000, e-DJF3 04/02/2016)

Para que a consolidação da propriedade em nome da instituição financeira ocorra de maneira válida é imperioso que se observe o procedimento cuidadosamente especificado pela normativa aplicável. Com efeito, conforme se depreende do artigo 26, §§ 1º e 3º da Lei nº 9.514/97, os mutuários devem ser notificados pessoalmente para purgarem a mora no prazo de quinze dias. Além disso, em relação ao leilão do imóvel promovido após a consolidação da propriedade, a Lei nº 9.514/97 do mesmo modo é clara ao dispor acerca da necessidade de comunicação ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico, *verbis*:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º. Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes.

§ 2º. No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico.

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

(...)

Entretanto, no caso dos autos observo que a notificação da realização dos leilões foi entregue ao agravante em 05.11.2018 (Num. 13041438 – Pág. 1 do processo de origem), quando já havia sido realizado o primeiro leilão em 31.10.2018 (Num. 13041436 – Pág. 1 e Num. 13041437 – Pág. 1).

Sendo assim, muito embora tenha sido o agravante notificado da realização dos leilões, como determina o artigo 27, § 2º-A da Lei nº 9.514/97, tal notificação não atendeu ao objetivo de permitir ao agravante purgar a mora ou exercer o direito de preferência de adquirir o imóvel, conforme § 2º-B do mesmo dispositivo legal. Evidenciada irregularidade no procedimento de execução extrajudicial, deve a agravada se abster de alienar o imóvel a terceiros.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Intime-se a agravada.

Publique-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031171-35.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - UFMS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALVAIR FERREIRA - MS10181

AGRAVADO: LAURO CHOCIAI

Advogado do(a) AGRAVADO: GISLAINE DE ALMEIDA MARQUES GASPARINI - MS11277-A

DESPACHO

Antes de apreciar o pedido de efeito suspensivo, reputo necessária a intimação da agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Em seguida, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal para que opine no prazo de 10 dias (artigo 12 da Lei nº 12.016/09).

Por fim, tomem conclusos para julgamento.

Oficie-se e intime-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031042-30.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: VITOR RODRIGO SANS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBERTO SOLIGO - MS2464-A

AGRAVADO: JOAO ALVES BARBOSA, UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: CICERO JOAO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: CICERO JOAO DE OLIVEIRA - MS3316-A

DESPACHO

Conforme certificado no documento Num. 10552193 – Pág. 1 a guia apresentada pelo agravante (Num. 10006835 – Pág. 2) indica número de processo de origem diverso daquele em que teria sido proferida a decisão agravada.

Considerando, assim, que com a vigência do Novo Código de Processo Civil, no caso de eventual constatação da ausência de qualquer peça que comprometa a admissibilidade do recurso deverá o relator conceder ao recorrente prazo para complementação da documentação, nos termos do parágrafo único do artigo 932 daquele diploma legal, reputo necessária a intimação da agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias comprove o recolhimento das custas **em dobro**, nos termos do artigo 1.007, § 4º do Novo CPC, sob pena de negativa de seguimento ao presente agravo.

Cumprida a determinação supra ou decorrido o prazo *in albis*, tornem os autos conclusos.

Publique-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031020-69.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: VILLE RIO PRETO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEANDRO MARCANTONIO - SP180586-A

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

O preparo do presente recurso deve ser realizado nos termos da Resolução nº 138 de 06.07.2017 de lavra da Exma. Desembargadora Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Conforme a Tabela V da referida Resolução, as custas no valor de R\$ 64,26 devem ser recolhidas sob o código de receita 18720-8, UG/Gestão 090029/00001, em Guia de Recolhimento da União – GRU, em qualquer agência da CEF – Caixa Econômica Federal, juntando-se obrigatoriamente comprovante nos autos (artigo 3º).

No caso dos autos, contudo, verifico que a guia apresentada pela agravante indica código de recolhimento de unidade gestora equivocados, conforme se verifica no documento Num. 9989291 – Pág. 1.

Considerando, assim, que com a vigência do Novo Código de Processo Civil, no caso de eventual constatação da ausência de qualquer peça que comprometa a admissibilidade do recurso deverá o relator conceder ao recorrente prazo para complementação da documentação, nos termos do parágrafo único do artigo 932 daquele diploma legal, reputo necessária a intimação da agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias comprove o recolhimento das custas **em dobro**, nos termos do artigo 1.007, § 4º do Novo CPC, sob pena de negativa de seguimento ao presente agravo.

Cumprida a determinação supra ou decorrido o prazo *in albis*, tornem os autos conclusos.

Publique-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030721-92.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: TCI BPO TECNOLOGIA, CONHECIMENTO E INFORMAÇÃO S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JUNIOR - PE27646, ANTONIO ELMO GOMES QUEIROZ - PE23878

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **TCI BPO TECNOLOGIA, CONHECIMENTO E INFORMACAO S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL** contra decisão que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada na origem, indeferiu o pedido de tutela provisória formulado com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário com fundamento no artigo 151, VI do CTN.

Alega a agravante que as peças do processo administrativo e o laudo de constatação elaborado por assistente técnico juntados ao feito originário comprovam a improcedência dos débitos e, por conseguinte, a ilegalidade da cobrança. Afirma que em relação à incidência da contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória restou demonstrada a probabilidade da tese jurídica fundamentada em entendimento pacificado dos tribunais, bem como a cobrança indevida de penalidade em percentual de 112,5% por caracterizar confisco.

Pugna pela antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, II do Novo Código de Processo Civil, incumbe ao relator a apreciação dos pedidos de tutela provisória nos recursos, *verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(...)

No caso em comento, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, verifico presentes os requisitos necessários à antecipação da tutela recursal.

De início, registro que a análise da alegação de inexistência/improcedência dos tributos lançados pela fiscalização promovida pela agravada somente será possível em regular fase instrutória e após a formação do contraditório. Observo, neste tema, que o laudo de constatação mencionado foi produzido unilateralmente pela agravante, sendo desarrazoado que as informações nele contidas sejam de pronto aceitas como verídicas antes que seja oportunizada manifestação da agravada no feito de origem.

Anoto, em prosseguimento, que a questão de mérito que se coloca nestes autos é a de saber se as verbas indicadas pela agravada estariam abrangidas da incidência das contribuições sociais discutidas no feito de origem. Passo, assim, a analisar a natureza de cada verba discutida pela agravante.

(i) 15 primeiros dias de afastamento para o gozo de auxílio-doença e auxílio-acidente

O C. STJ firmou o entendimento no julgamento do REsp nº 1.230.957/RS de que os valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença ostentam natureza indenizatória. Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPORTÂNCIA PAGA PELA EMPRESA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA E TERÇO CONSTITUCIONAL. NÃO INCIDÊNCIA. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. RESP 1.230.957/RS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO VIOLAÇÃO. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.230.957/RS, processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou a compreensão no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre: (I) a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória, haja vista que "a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado"; (II) o adicional de férias relativo às férias indenizadas, visto que nesse caso a não incidência decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, "d", da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97) e relativamente "ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória". 2. Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal quando não haja declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais tidos por violados, tampouco afastamento desses, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte. Precedentes. 3. Agravos regimental desprovido."

(STJ, Primeira Turma, AgRg no REsp 1306726/DF, Relator Ministro Sérgio Kukina, Dje 20/10/2014)

(ii) Férias indenizadas

No tocante às férias indenizadas, a própria Lei nº 8.212/91, ao tratar das parcelas que compõem a base de cálculo das contribuições previdenciárias, exclui expressamente tais prestações percebidas pelos empregados. Confira a redação do texto legal:

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

(...)

§ 2º Não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28.

(...)

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

(...)

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

(...)

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT;

(...)

Como se vê, o próprio legislador exclui as parcelas recebidas a título de férias indenizadas da base de cálculo das contribuições previdenciárias, de modo que, quanto a tais valores, deve ser reconhecida a pertinência do pedido.

(iii) Terço constitucional de férias

Quanto ao adicional constitucional de férias, revejo posicionamento anteriormente adotado tendo em vista o julgamento pelo C. STJ do REsp nº 1.230.957/RS sob o regime do artigo 543-C do CPC, fixando o entendimento de que não deve incidir contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

(iv) Aviso prévio indenizado

No que diz respeito ao aviso prévio, imperioso recordar que consiste na comunicação feita pelo empregador ou pelo empregado à parte contrária, com a antecedência prevista em lei, de sua intenção de rescindir o contrato de trabalho (CLT, artigo 487). Na hipótese em que o empregador não respeitar essa antecedência, o empregado receberá os "salários correspondentes ao prazo do aviso", na exata dicção da Consolidação das Leis do Trabalho (§1º do citado artigo).

A natureza desse valor recebido pelo empregado – aviso prévio indenizado –, todavia, não é salarial, já que não é pago em retribuição ao trabalho prestado ao empregador e sim como ressarcimento pelo não gozo de um direito concedido pela lei de, mesmo sabendo da demissão, ainda trabalhar na empresa por um período e receber por isso. Nesse sentido, transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. LC 118/05. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE VERBAS INDENIZATÓRIAS. COMPENSAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. SÚMULA N. 83/STJ. I – É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado em julgamento na 1ª Seção desta Corte no julgamento, em 26.02.2014, do Recurso Especial n. 1.230.957/RS, sedimentou entendimento, inclusive sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, segundo o qual não incide a mencionada contribuição sobre o terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, bem como sobre o valor pago pelo empregador, nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado, por doença ou acidente. (...) IV – Agravo regimental improvido." (negritei)

(STJ, Primeira Turma, AgRg no REsp 1486025/PR, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 28/09/2015)

(v) PLR, Reembolso de Aluguéis e Ajuda de Custo

Ao tratar das verbas que não compõem o salário de contribuição, o artigo 28, § 9º da Lei nº 8.212/91 previu o seguinte:

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

(...)

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

(...)

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada **de acordo com lei específica**;

(...)

(negritei)

A "lei específica" a que se refere mencionado dispositivo legal é a Lei nº 10.101/00 que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa. Dentre as previsões trazidas, o artigo 2º do mencionado dispositivo legal dispõe o seguinte:

Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

I – comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;

II – convenção ou acordo coletivo.

(...)

Examinando os autos do feito de origem, observo que a agravada não comprovou o cumprimento dos preceitos estabelecidos pela Lei nº 10.101/00. Sendo assim, os valores pagos a título de participação em lucros e resultados, no caso em análise, devem ser mantidos na base de cálculo da contribuição em debate. Neste sentido, transcrevo julgado desta E. Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 28 DA LEI 8.212/91. ITENS DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA OU REMUNERATÓRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DO EMPREGADO ANTES DA OBTENÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE. REFLEXO DAS HORAS EXTRAS SOBRE DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. FÉRIAS INDENIZADAS. AUXÍLIO-CRèche. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. (...) 8.

A participação nos lucros da empresa, não obstante a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XI, a desvincule da remuneração, deve ser realizada nos termos da lei específica, tendo em conta que a aplicação do referido dispositivo constitucional, como já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, depende de regulamentação. E, conquanto haja previsão no artigo 28, parágrafo 9º e alínea "j", no sentido de que as importâncias recebidas pelos empregados a título de participação nos lucros ou resultados da empresa não integram o salário-de-contribuição, sua aplicação é restrita aos casos em que o pagamento é realizado de acordo com lei específica. E a Lei nº 10101/2000, em seu artigo 2º, é expressa no sentido de que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria (inciso I), ou através de convenção ou acordo coletivo (inciso II), devendo o procedimento ser escolhido pelas partes de comum acordo. Imprescindível, portanto, que se demonstre, nos autos, que os pagamentos foram efetuados nos termos da lei, para caracterizar o benefício previsto no artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, o que não ocorreu na hipótese. (...) Remessa oficial e recurso de apelação da União parcialmente providos, para determinar a incidência das contribuições previdenciárias sobre as verbas pagas a título de décimo terceiro salário sobre aviso prévio indenizado e participação nos lucros, assim como reduzir aos honorários ao patamar de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos explicitados no voto.”

(TRF 3ª Região, Quinta Turma, APELREEX 00220077720124036100, Relator Desembargador Paulo Fontes, e-DJF3 01/04/2016)

Da mesma forma, correta a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de reembolso de aluguéis e ajuda de custo ante sua natureza remuneratória, conforme recente julgado do C. STJ:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBAS NÃO REMUNERATÓRIAS. AJUDA DE CUSTO ALIMENTAÇÃO. AJUDA DE CUSTO ALUGUEL. AJUDA DE CUSTO TRANSPORTE. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. TR. INCIDÊNCIA. (...) O Tribunal Regional observou a orientação jurisprudencial predominante na Primeira Seção do STJ, de que incide contribuição previdenciária sobre ajuda de custo de aluguel, ajuda de custo deslocamento noturno e ajuda de custo alimentação, pagas habitualmente e em pecúnia. Nesse sentido: STJ, EREsp 603.509/CE, Rel. Ministro Castro Meira, DJU de 8/11/2004; EREsp 476.194/PR, Rel. Ministro Castro Meira, DJU de 1/8/2005; EREsp 498.983/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJU de 1/10/2007; AgInt nos EREsp 1.446.149/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe de 19/10/2017. 3. De outro lado, em que pese a alegada contrariedade ao art. 457, §§ 1º e 2º, da CLT para justificar a tese recursal de que não incidiria contribuição previdenciária sobre a verba ajuda de custo supervisor de contas e prêmio por produtividade, o Tribunal de origem, soberano no exame de matéria fática, deixou consignado: "Trata-se de verba paga com habitualidade e que, portanto, não pode ser considerada como simples indenização, devendo sofrer a incidência da contribuição previdenciária diante de sua natureza salarial." Nesse contexto, decidir em sentido contrário, ou seja, no sentido da alegada ausência de habitualidade no pagamento da verba em questão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. (...) 7. Recurso Especial parcialmente provido.” (negritei)

(STJ, Segunda Turma, REsp 1764093/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 28/11/2018)

Por derradeiro, quanto à multa aplicada no percentual de 112,50%, registro que o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 582.461/SP de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sedimentou o entendimento de que as multas aplicadas no importe de 20% não apresentam caráter de confisco. Tomando como norte o quanto decidido pelo STF, a multa aplicada à agravante se mostra abusiva.

Considerando, assim, a existência de incerteza quanto ao valor do débito em razão da inclusão indevida de verbas de natureza indenizatória na base de cálculo da contribuição previdenciária e da aplicação de multa em percentual exagerado, tenho que o pedido de antecipação da tutela recursal deve ser deferido para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, nos termos da fundamentação supra.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada, nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Publique-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030981-72.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: HELENA CAMARGO ESTEVAM

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ OTAVIO DE LIMA ROMEIRO - SP361169

AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **HELENA CAMARGO ESTEVAM** contra decisão que, nos autos da Ação Ordinária ajuizada na origem, indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos seguintes termos:

“Vistos.

ID nº 9909520: *intimada para regularização da inicial, a Autora apresentou, entre outros documentos, o demonstrativo de pagamento para o mês de setembro de 2017, que aponta remuneração incompatível com a alegada situação de hipossuficiência econômica (ID nº 9909540, pág. 01).*

Portanto, indefiro o pedido de concessão da gratuidade da Justiça, devendo a Autora providenciar, no prazo improrrogável de quinze dias, o recolhimento das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição, nos termos do artigo 290 do Código de Processo Civil.

Cumprida a diligência, tornem conclusos para apreciação do pedido de tutela provisória.

Intimem-se. Cumpra-se.”

(negrito original)

Alega a agravante que se encontra em situação financeira grave e que, apesar de exercer atividade remunerada, em razão dos descontos em folha de pagamento e conta salário não mantém qualquer economia alternativa para custear a demanda judicial. Argumenta que é servidora pública do TJ/SP e não possui condições financeiras para pagar as custas e despesas processuais sem prejuízo da própria subsistência e defende que a contratação de advogado particular não desabona o requerente hipossuficiente, nos termos do artigo 99, § 4º do CPC.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, II do Novo Código de Processo Civil, incumbe ao relator a apreciação dos pedidos de tutela provisória nos recursos, *verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(...)

No caso em comento, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, não verifico presentes os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.

Inicialmente, faço consignar que, muito embora o pagamento das custas recursais não tenha sido realizado pela agravante, não há que se cogitar de deserção no presente caso. Isso porque a matéria devolvida a esta Egrégia Corte Regional é exatamente a relativa ao benefício da Justiça Gratuita.

O entendimento acima manifestado também é esposado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas que colaciono abaixo:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO NA ORIGEM. DESNECESSIDADE DE PAGAMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS RECURSAIS. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Não se aplica a pena de deserção a recurso interposto contra julgado que indeferiu o pedido de justiça gratuita. 2. Se a controvérsia posta sob análise desta Corte Superior diz respeito justamente à alegação do recorrente de que ele não dispõe de condições econômico – financeiras para arcar com os custos da demanda, não faz sentido considerar deserto o recurso, uma vez que ainda está sob análise o pedido de assistência judiciária e, caso seja deferido, neste momento, o efeito da decisão retroagirá até o período da interposição do recurso e suprirá a ausência do recolhimento e, caso seja indeferido, deve ser oportunizado ao recorrente a regularização do preparo. 3. Agravo Regimental provido para que seja afastada a deserção do Recurso Especial, com a consequente análise do Agravo interposto contra a decisão que não o admitiu." (negritei)

(AgRg no AREsp 600.215/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015)

Desta forma, passo à análise do mérito recursal.

Ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição Federal previu em seu artigo 5º o seguinte:

Art. 5º (...)

(...)

LXXIV. O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

(...)

Da análise do dispositivo constitucional acima transcrito, temos que a Carta Maior estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Por outro lado, a Lei nº 1.060/50 que trata especificamente da assistência judiciária gratuita, estabelece o seguinte:

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todos aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Com isto, objetivou o legislador ordinário justamente facilitar o acesso à Justiça àqueles que, necessitando acionar o Poder Judiciário para a defesa de seus interesses, não o fazem em razão do prejuízo de sua manutenção e de sua família. Por sua vez, o artigo 4º do mesmo diploma legal estabeleceu normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados, *verbis*:

Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

(...)

Por seu turno, o texto do artigo 5º do mesmo diploma legal é explícito ao afirmar que se o juiz tiver fundadas razões para indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, a partir de elementos constantes dos autos, deverá julgá-lo de plano:

Art. 5º O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

(...)

Ao enfrentar o tema, o C. STJ tem entendido que a presunção de pobreza é relativa, sendo possível o indeferimento do pedido de assistência judiciária caso verifique a existência de elementos que invalidem a hipossuficiência declarada. Neste sentido transcrevo recente julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. 1. A presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ostenta caráter relativo, podendo o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. Reapreciação de matéria no âmbito do recurso especial encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento. (...). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (negritei)

(STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp 820085/PE, Relator Ministra Maria Isabel Galotti, DJe 19/02/2016)

No caso dos autos, entendo que os documentos carreados pela agravante ao feito de origem são insuficientes à comprovação da situação de hipossuficiência que autoriza a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Com efeito, o documento Num. 9967518 – Pág. 1/7 revela que no ano-calendário 2017 a agravante recebeu do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o montante de R\$ 68.756,15 a título de vencimentos, R\$ 7.171,57 de 13º salário, além de R\$ 16.520,40 de diárias e ajuda de custo, R\$ 9.865,49 de indenizações e, por fim, R\$ 2.106,28 a título de RRA, valores dissonantes da alegação de miserabilidade e hipossuficiência econômica.

No mais, a agravante reiterou as mesmas alegações levadas ao juízo originário, não apresentando qualquer novo elemento que autorize a suspensão da decisão agravada.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada, nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Publique-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031290-93.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: CEEP-CENTRO DE ATENDIMENTO E EDUCACAO ESPECIAL

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOSE AMADO DE AGUIAR FILHO - SP199410, JOEL DE LELIS NOGUEIRA - SP133179

AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CEEP – CENTRO DE ATENDIMENTO E EDUCAÇÃO ESPECIAL** contra decisão que, nos autos dos Embargos à Execução opostos na origem, indeferiu os pedidos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e emissão de certidão de regularidade fiscal.

Alega o agravante que ajuizou ação ordinária visando a desconstituir certidões de dívida ativa ao argumento de que goza de imunidade (processo nº 0006331-22.2012.8.26.0634), tendo sido julgado procedente o pedido e reconhecida a imunidade tributária, estando atualmente o feito em grau de apelação nesta E. Corte Regional que determinou sua suspensão até o julgamento dos embargos declaratórios opostos em face de acórdão proferido pelo E. STF no RE nº 566.622/RS em que se discute a imunidade de instituições filantrópicas.

Argumenta que a matéria discutida no RE 566.622/RS é a mesma debatida no feito de origem, sendo que na Corte Superior foi reconhecida a procedência da tese defendida pelo agravante, razão pela qual o pedido de suspensão da exigibilidade e emissão de certidão de regularidade fiscal deveria ter sido deferido.

Pugna pela antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, II do Novo Código de Processo Civil, incumbe ao relator a apreciação dos pedidos de tutela provisória nos recursos, *verbis*:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

(...)

No caso em comento, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, não verifico presentes os requisitos necessários à antecipação da tutela recursal.

Anoto, *ab initio*, que a discussão instalada nos autos não diz respeito ao preenchimento pelo agravante dos requisitos necessários ao gozo de imunidade tributária, vez que, ao que parece, tal discussão já constitui objeto de ação anteriormente ajuizada (processo nº 0006331-22.2012.8.26.0634). Segundo afirma a própria agravante, “*O feito foi julgado PROCEDENTE e reconheceu-se a IMUNIDADE tributária, estando o processo em grau de apelação no Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (autos 0025825-72.2015.4.03.9999/SP, Eg. 2ª Turma)*” (Num. 10547659 – Pág. 2).

Em consulta ao sítio eletrônico desta E. Corte Regional é possível constatar que naquele feito foi interposto recurso de apelação pela União, tendo sido determinado o sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração opostos contra acórdão do C. STF que deu provimento ao recurso do INSS para assentar a constitucionalidade da redação original do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Diversamente, discute-se neste recurso o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e emissão de certidão de regularidade fiscal. Mencionados temas são disciplinados pelo Código Tributário Nacional em seus artigos 151 e 206, nos seguintes termos:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Confrontando os dispositivos legais transcritos com a situação enfrentada nos autos, tenho que não se mostram presentes os requisitos determinam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tampouco a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa de que trata o artigo 206 do CTN.

Quanto ao pedido suspensivo, não constato caracterizada quaisquer das hipóteses previstas nos incisos I a VI do artigo 151 do CTN. Anoto, neste ponto, que segundo consta da decisão agravada a única constrição de bens da agravante ocorreu com o bloqueio de ativos financeiros pelo Bacenjud; contudo, em valores inferiores (R\$ 1.238,09 e R\$ 133,61) ao valor do débito perseguido (R\$ 24.108,10), conforme documento Num. 10547680 – Pág. 5.

Em relação à alegação de que “*ofertaram o ÚNICO bem da instituição livre e desembaraçado*” (Num. 10547427 – Pág. 5), observo que não há documento que comprove indicação de bem, tampouco aceite pela agravada e, ainda, formalização da penhora a comprovar a garantia integral do débito. Não caracterizada outra causa suspensiva prevista pelo artigo 151 do CTN, não há que se falar na suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Igualmente carece de amparo o pedido da certidão prevista pelo artigo 206 do CTN, à míngua de comprovação da efetivação de penhora de bens suficientes à garantia do crédito tributário e da comprovação de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Anoto, neste tema, que nos termos do artigo 111, I do CTN a legislação tributária que disponha sobre a suspensão e extinção do crédito tributário deve ser interpretada literalmente. Assim, ausente a comprovação de qualquer causa suspensiva prevista no artigo 151 do CTN, não há que se falar no acolhimento do pedido.

Registro, por derradeiro, que a determinação de suspensão do trâmite da apelação nº 0025825-72.2015.4.03.9999 não decorreu do reconhecimento de causa suspensiva do crédito tributário, mas da aplicação do princípio da segurança jurídica, aguardando-se o julgamento dos embargos declaratórios opostos contra acórdão proferido pelo C. STF naquele feito.

Ante o exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Comunique-se ao E. Juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada, nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Publique-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031446-81.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: MARIA CIRENE ALBANO

Advogado do(a) AGRAVANTE: SALOMAO DA VID NACUR SOARES DE AZEVEDO - SP306541

AGRAVADO: CAIXA SEGURADORA S/A, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por MARIA CIRENE ALBANO contra a decisão que, nos autos de ação proposta em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, indeferiu os benefícios da justiça gratuita.

Sustenta a agravante, em síntese, que não tem condições de arcar com as custas do processo, sendo a declaração juntada aos autos suficiente para a concessão do benefício porque não houve impugnação do réu, que sequer integra a lide.

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo o recurso.

É o relatório. Fundamento e decido.

Nos termos do art. 995, parágrafo único, c.c. art. 1.019, inc. I, ambos do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator ou, ainda, antecipada a tutela recursal, se da imediata produção dos seus efeitos, ou da ausência de sua concessão, houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Na hipótese, a partir de uma análise perfunctória do recurso, verifico a presença da probabilidade de provimento do presente agravo.

A jurisprudência do STJ já firmou entendimento no sentido de que, nos termos do art. 4º da Lei 1060/50, a simples afirmação de incapacidade financeira basta para viabilizar o acesso ao benefício de assistência judiciária gratuita, em qualquer fase do processo, consoante acórdãos assim ementados:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - ALEGADA NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA - REQUISITO NÃO EXIGIDO PELA LEI Nº 1.060/50. - Nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. - A concessão da gratuidade da justiça, de acordo com entendimento pacífico desta Corte, pode ser reconhecida em qualquer fase do processo, sendo suficiente a mera afirmação do estado de hipossuficiência. - Recurso especial conhecido e provido." (REsp 400791/SP, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 03/05/2006)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ESTADO DE POBREZA. PROVA. DESNECESSIDADE. - A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo." (REsp 469594/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 30/06/2003)

"RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE POBREZA E NECESSIDADE DA JUSTIÇA GRATUITA. LEI 1.060/50. Devem ser concedidos os benefícios da gratuidade judicial mediante mera afirmação de ser o postulante desprovido de recursos para arcar com as despesas do processo e a verba de patrocínio. Recurso conhecido e provido." (REsp 253528/RJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 18/09/2000)

Assim, a concessão do benefício da gratuidade da justiça depende tão somente da declaração do autor de sua carência de condições para arcar com as despesas processuais sem prejuízo ao atendimento de suas necessidades básicas, levando em conta não apenas o valor dos rendimentos mensais, mas também seu comprometimento com aquelas despesas essenciais.

Ademais, cabe à parte adversa impugnar o direito à assistência judiciária, conforme dispõe o artigo 4º, § 2º, da Lei 1060/50, devendo a condição de carência da parte autora ser considerada verdadeira até prova em contrário.

Ante o exposto, concedo a antecipação da tutela recursal.

Vista à parte agravada para apresentação de contraminuta.

Comunique-se ao Juízo de origem para cumprimento.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5006635-33.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: MANOEL CASSIMIRO UMBELINO
Advogado do(a) APELANTE: NIVALDO CABRERA - SP88519-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por Manoel Cassimiro Umbelino contra r. sentença que julgou improcedente a ação em que se objetiva a substituição do índice de correção monetária de sua conta vinculada do FGTS e o pagamento das diferenças apuradas, nos termos da exordial. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa, restando suspensa sua exigibilidade em razão dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita (art. 98, §3º, do CPC).

Em suas razões de apelação, a parte autora sustenta, em síntese, que a Taxa Referencial - TR não pode ser utilizada como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, porquanto não reflete a real inflação do período.

Requer a reforma da r. sentença para que a recorrida seja condenada nos pedidos formulados na inicial.

Com as contrarrazões da CEF, vieram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O caso comporta julgamento na forma do art. 932, IV, b, do CPC.

Conheço da apelação, recebendo-a em seus regulares efeitos (art. 1.012, *caput*, do CPC).

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

Nesse passo, todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da lei 8.036/90:

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de 3% ao ano.

Com o advento da Lei nº 8.177/1991, que estabeleceu regras para a desindexação da economia, ficou disposto que:

Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.

Posteriormente, a Lei 8.660/93, que estabelecia novos critérios para a fixação da Taxa Referencial - TR, extinguiu a Taxa Referencial Diária - TRD, e estabeleceu a TR como critério de remuneração da poupança:

Art. 2º. Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

(...)

Art. 7º. Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

Dessa forma, a atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da lei 8.177/91.

Destarte, os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS.

A respeito da sua aplicabilidade sobre os valores devidos a título de FGTS, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 459: "A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo".

Diante das disposições legais que estabelecem a TR como o índice legal devido, descabe a sua substituição por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Convém salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, caput, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA REFERENCIAL. INCLUSÃO NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. 1. Acórdão recorrido assentando que a questão discutida no recurso versa erro de direito atingido pelo fenômeno da preclusão. 2. Agravo interposto na fase da expedição do precatório, consoante iterativa jurisprudência, não pode fazer às vezes de embargos do executado e superar a preclusão. 3. É assente no Egrégio STJ que omissa a sentença é lícita a inclusão de índices na conta de liquidação cujo trânsito da sentença, por ausência de oposição à subsequente correção inibe a impugnação quando da expedição do Precatório. Precedentes: ERESP nº 478359/SP, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 13.09.2004; RESP 445630/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 24.03.2003; RESP 463118, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 15.12.2003. 4. Destarte, in casu, não houve erro material, isto porque a inclusão de expurgos adveio da determinação contida na própria sentença. Outrossim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de ser cabível a inclusão dos chamados expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, na fase de execução, de modo a refletir a real desvalorização da moeda. Contudo, a possibilidade de inclusão dos expurgos inflacionários adstringe-se ao momento anterior ao trânsito em julgado da sentença de homologação dos cálculos de liquidação, em respeito aos institutos da preclusão e da coisa julgada. 5. É assente restar correta a aplicação da TR nos cálculos, haja vista que o STF, em hipóteses análogas, em ADIns fundadas na sua impugnação como fator de correção monetária, concluiu que referido índice referenciador não foi suprimido do ordenamento jurídico, restando apenas que o mesmo não poderia substituir outros índices previamente estabelecidos em lei ou em contratos, pena de violação do ato jurídico perfeito. Sob esse ângulo, "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI." (RE-175678/MG - Rel. Ministro Carlos Velloso) 6. A sentença exequenda determinou fosse a restituição "acrescida de correção monetária e juros de mora", sem especificar índices, conforme fls. 29 dos autos. 7. No que pertine à aplicação da correção monetária, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. 8. O erro material caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a representar a manifestação viciada da vontade, e pode ser sanado a qualquer tempo, para subtrair os expurgos da conta de precatório complementar, sem que se ofenda a coisa julgada, hipótese que o próprio Tribunal a quo entendeu inócua, in casu. 9. Recurso Especial desprovido." (STJ, 1ª T. RESP 706.633, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 27/06/2005).

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA. 1. Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS. A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que "a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei nº 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei nº 8.177/91, artigo 12, I)". Recurso especial que se insurge quanto à manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei n. 8.177/91, por intermédio da edição da Lei n. 8.218/91. Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo. 3. Precedentes: REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005; REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006. 4. Recurso especial não-provido." (REsp 992.415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

"ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS - APLICAÇÃO DA TR - JUROS REMUNERATÓRIOS - ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. 1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA. 3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei. 4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010. 5. Apelação desprovida. Sentença mantida." (TRF2, AC nº 524737, 5ª Turma Especial, Rel. MARCUS ABRAHAM, E-DJF2R - 30/11/2012, p. 62).

"FGTS. CORREÇÃO DE SALDOS DA CONTA VINCULADA. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPCA, INPC OU QUALQUER OUTRO ÍNDICE QUE MELHOR REFLITA A INFLAÇÃO. LEIS 8.036/90, 8.117/91 E 8.660/93. SÚMULA 459 DO STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. 1. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. 2. A Lei 8.036/90, responsável por regular normas e diretrizes do FGTS, expressamente estabelece que os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalizarão juros de 3% ao ano. 3. A vista dessas disposições, sobreveio a Lei 8.177, de 1991, dispondo, em seu art. 17, parágrafo único, que, a partir de fevereiro de 1991, tanto os saldos da conta vinculada ao FGTS, como as contas de poupança, passariam a ser remunerados pela TRD - Taxa Aplicável à Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança. 4. Posteriormente, a Lei 8.660/93 foi expressa em extinguir, a partir de 01/05/1993, a TRD, tendo estabelecido a TR como critério de remuneração da poupança. 5. A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. 6. Descabe a substituição TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. 7. Além disso, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, haja vista que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. 8. Apelação improvida." (TRF 3ª Região, AC 2014.61.40.000654-6/SP, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, j. 21.10.2014, DE 29.10.2014, v.u.) .

De qualquer sorte, a matéria não comporta mais discussão diante do julgamento do REsp nº 1.614.874/SC, submetido ao regime dos recursos repetitivos.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 11/04/2018, sob a Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, no sentido de manter a Taxa Referencial como forma de atualização monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, fixando a tese de que "A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice".

A ementa restou consignada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 731. ARTIGO 1.036 DO CPC/2015. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES DEPOSITADOS POR ÍNDICE QUE MELHOR REPONHA AS PERDAS DECORRENTES DO PROCESSO INFLACIONÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FGTS QUE NÃO OSTENTA NATUREZA CONTRATUAL. REGRAMENTO ESTABELECIDO PELO ART. 17 DA LEI N. 8.177/1991 COMBINADO COM OS ARTS. 2º E 7º DA LEI N. 8.660/1993. 1. Para os fins de aplicação do artigo 1.036 do CPC/2015, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 2. O recorrente assevera que "[...] a TR deixou de refletir, a partir de 1999, as taxas de inflação do mercado financeiro, e, por conseguinte, o FGTS também deixou de remunerar corretamente os depósitos vinculados a cada trabalhador" (fl. 507). Defende a aplicação do INPC ou IPCA ou, ainda, de outro índice que melhor reponha as perdas decorrentes da inflação. 3. Por seu turno, o recorrido alega que a lei obriga a aplicação da TR como fator de correção de monetária, na medida em que o FGTS não tem natureza contratual, tendo em vista que decorre de lei todo o seu disciplinamento, inclusive a correção monetária que lhe remunera. 4. A evolução legislativa respeitante às regras de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS está delineada da seguinte forma: (i) o art. 3º da Lei n. 5.107/1966 previra que a correção monetária das contas fundiárias respeitaria a legislação específica; (ii) posteriormente, a Lei n. 5.107/1966 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 20/1966, e o art. 3º supra passou a prever que os depósitos estariam sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação e capitalizariam juros segundo o disposto no artigo 4º; (iii) em 1989, foi editada a Lei n. 7.839, que passou a disciplinar o FGTS e previu, em seu art. 11, que a correção monetária observaria os parâmetros fixados para atualização dos saldos de depósitos de poupança; (iv) a Lei n. 8.036/1990, ainda em vigor, dispõe, em seu art. 13, a correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS com parâmetro nos índices de atualização da caderneta de poupança; (v) a Lei n. 8.177/1991 estabeleceu regras de desindexação da economia, vindo a estipular, em seu art. 17, que os saldos das contas do FGTS deveriam ser remunerados, e não mais corrigidos, pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança; e (vi) a partir da edição da Lei n. 8.660/1993, precisamente em seus arts. 2º e 7º, a Taxa Referencial. 5. O FGTS não tem natureza contratual, na medida em que decorre de lei todo o seu disciplinamento. Precedentes RE 248.188, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1/6/2001; e RE 226.855/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13/10/2000. 6. É vedado ao Poder Judiciário substituir índice de correção monetária estabelecido em lei. Precedentes: RE 442634 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30/11/2007; e RE 200.844 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/08/2002. 7. O FGTS é fundo de natureza financeira e que ostenta característica de multiplicidade, pois, além de servir de indenização aos trabalhadores, possui a finalidade de fomentar políticas públicas, conforme dispõe o art. 6º da Lei 8.036/1990. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 8. A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice. 9. Recurso especial não provido. Acórdão submetido à sistemática do artigo 1.036 do CPC/2015.

Nesse sentido os arestos emanados desta Corte Regional:

DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 CPC/15. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO IMPROVIDO. I - A Taxa Referencial (TR) foi instituída pela Medida Provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1991, convertida na lei nº 8.177, de 1º de março de 1991. II - Posteriormente, a partir de 01/05/1993, a TRD foi substituída pela TR como critério de remuneração da poupança, conforme disposto pela Lei 8.660/93 em seus arts. 2º e 7º. III - O STJ editou a Súmula nº 459, dispondo que a TR é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. IV - Quanto ao decidido no julgamento das ADINs n. 4.357 e 4.425, o Egrégio STF reconheceu repercussão geral à questão da constitucionalidade do uso da TR e dos juros da caderneta de poupança para o cálculo da correção monetária e dos ônus de mora nas dívidas da Fazenda Pública, e vem determinando, por meio de sucessivas reclamações, e até que sobrevenha decisão específica, a manutenção da aplicação da Lei n. 11.960/2009 até 25/3/2015. V - Assim, até o pronunciamento final do STF acerca do mérito do referido recurso extraordinário, a Lei 11.960/2009 continua vigente em fase de conhecimento/liquidação de sentença, pois no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros de mora a serem aplicados na liquidação de sentenças, pois referidos acessórios, nas ADIs nº 4.357 e 4.425, tiveram por alvo apenas a fase do precatório. VI - Verifica-se, portanto, que inexistente qualquer ilegalidade na aplicação da TR como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS. VII - Ademais, em 11.04.2018 a 1ª Seção do Colendo STJ julgou o REsp Repetitivo nº 1.614.874-SC (tema 731), manteve a TR como índice de atualização das contas do FGTS. O colegiado, de forma unânime, estabeleceu a tese de que "a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice". VIII - Agravo interno improvido. (Ap 00100597020144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A r. decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A parte agravante não apresenta argumentos relevantes que autorizem ou justifiquem a reforma da r. decisão agravada. 3. Quanto à matéria tratada nesse feito, ou seja, o cabimento da TR na atualização dos saldos de FGTS, em recentíssima data, a questão foi levada a julgamento pela C. Primeira Seção do STJ, em 11.04.18, no Recurso Especial nº 1.614.874/SC, afetado pelo rito do artigo 1.037, II do novo Código de Processo Civil, sob a Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. Em tal data, por unanimidade, foi desprovido o recurso especial que tinha como objeto a possibilidade de a TR ser substituída por outro índice de correção monetária mais vantajoso para atualização dos saldos existentes em contas fundiárias (acórdão pendente de publicação). 4. Entendeu o C. STJ que a adoção de indexador distinto do eleito pelo legislador provocaria violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria atuando como legislador positivo. 5. Tratando-se de questão jurídica cujo debate nos Tribunais subsiste há décadas, em todo esse período sempre se aplicando a TR para correção monetária, não se antevê plausibilidade em questionamentos de ordem constitucional contra referida aplicação, especificamente, nas contas de FGTS, questão que, afinal, somente deverá ser solucionada pelo C. Supremo Tribunal Federal, na condição de tribunal constitucional do país e, inclusive, com eventual decisão sobre modulação dos efeitos do julgado. 6. Agravo legal desprovido. (Ap 00037506320154036111, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Outrossim, cumpre consignar que a existência de *decisum* submetido ao regime dos recursos repetitivos autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independentemente do trânsito em julgado.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EFETIVADO NOS TERMOS DO ART. 1.040, II, DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DO ARESTO PROLATADO NO RE 579.431/RS, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Na matéria, o STF consigna que "a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma" (ARE 977.190 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 23/11/2016). 2. **Assim, tanto os julgados do STJ quanto os do STF já firmaram entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral.** Precedentes: STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015. 3. O referido posicionamento vem ao encontro do que dispõe o art. 1.040, II, do CPC/2015, quando consigna que "o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior". 4. Embargos de declaração rejeitados. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão. (DERESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - 1150549 2010.01.02985-5, OG FERNANDES, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:23/03/2018 ..DTPB:.) -g.n.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, TIDOS POR VIOLADOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, NA VIA ESPECIAL, PELO STJ. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 17/04/2018. II. O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, dar parcial provimento ao Recurso Especial da contribuinte, tão somente para, nos termos do pedido inicial, afastar a incidência do ICMS da base de cálculo da COFINS, em consonância com o decidido pelo STF, no RE 574.706/PR, determinando que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das questões decorrentes da reforma do acórdão da Apelação. III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do decisum. IV. **A jurisprudência do STF e do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar - como pretende a embargante - o trânsito em julgado, para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral.** Precedentes (STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 08/06/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/10/2015; AgInt no REsp 1.336.581/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/09/2016). V. Na forma da jurisprudência do STJ, "a pendência de publicação do acórdão proferido no julgamento da Repercussão Geral pelo STF (RE 574.706/PR) não constitui hipótese de sobrestamento" (STJ, AgInt no REsp 1.609.669/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/04/2018). Na mesma direção: STJ, EDcl no AgInt no AgRg no AgRg no AREsp 430.921/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2018. VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de manifestação desta Corte, em sede de Recurso Especial, ainda que para fins de prequestionamento, a respeito de alegada violação a dispositivos da Constituição Federal. Precedentes. VII. Embargos de Declaração rejeitados. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. (EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1144807 2009.01.84154-0, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/06/2018 ..DTPB:.) – g.n.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, IV, b, do CPC, **nego provimento** ao recurso de apelação.

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, restando suspensa sua exigibilidade em razão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 3º do artigo 98 do diploma processual.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028197-25.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: DW NOVAS SOLUCOES CONSULTORIA E SERVICOS DE INFORMATICA LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: HENRI MATARASSO FILHO - SP316181

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Vistos.

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por DW NOVAS SOLUÇÕES CONSULTORIA E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA., em face de decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado com a finalidade de determinar que a Agravada analise o pedido de adesão ao PERT protocolado em 13/11/2017, na modalidade requerida, com a suspensão da exigibilidade dos créditos até conclusão do procedimento administrativo.

Sustenta a agravante, em síntese, que o erro formal relativo à menção a CNPJ de empresa integrante do Grupo, no protocolo feito em meio físico por problemas sistêmicos da Agravada, não pode implicar a intempestividade do pedido, sendo desproporcional o seu indeferimento sem a análise do requerimento de adesão ao PERT.

Indeferida a antecipação da tutela recursal (Id7784643).

É o relatório.

Nos termos do art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil incumbe ao relator, por meio de decisão monocrática, não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

O caso comporta decisão na forma do artigo 932, III, do CPC.

Com efeito, verifica-se que foi proferida sentença que homologou o pedido de desistência formulado pela impetrante, restando, portanto, prejudicado o presente recurso.

Pelo exposto, julgo prejudicado o agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao D. Juízo de origem.

Decorrido o prazo legal sem impugnação, baixem os autos à origem.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031062-21.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: MUNICIPIO DE ARARAQUARA

Advogado do(a) AGRAVANTE: VINICIUS MANAIA NUNES - SP250907-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE ARARAQUARA/SP, contra a decisão que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal, indeferiu a antecipação da tutela requerida para suspensão da exigibilidade de crédito previdenciário já constituído, expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa e para impedir o bloqueio do fundo de participação dos Municípios.

Alega o município agravante, em síntese, que antecipação da tutela para suspensão da exigibilidade do crédito foi requerida com o escopo de possibilitar a obtenção de certidão de regularidade fiscal, visando à celebração e manutenção de convênios e ao recebimento de repasses das esferas estadual e federal.

Sustenta que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.123.306/SP, pela sistemática do art. 543-C do CPC/1973, uniformizou entendimento no sentido de que a "Fazenda Pública, quer em ação anulatória, quer em execução embargada, faz jus à expedição de certidão positiva de débito com efeitos negativos, independentemente de penhora, posto inapropriáveis seus bens".

Requer, assim, a suspensão da exigibilidade do débito tributário, que não sejam bloqueadas as verbas do fundo de participação dos Municípios e a expedição da certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, haja vista o evidente *periculum in mora* representado pela necessidade do município receber os repasses dos governos estadual e federal que são essenciais à subsistência do ente federativo.

É o relatório. Decido

Nos termos do art. 995, parágrafo único do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção dos seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Nos termos da legislação tributária, há direito à expedição de Certidão Negativa de Débitos - CND quando inexistir crédito tributário constituído, ou de Certidão Positiva com Efeito de Negativa - CPD-EN, quando a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, em razão da incidência de uma das hipóteses previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, ou quando tenha sido efetivada penhora suficiente em execução fiscal (art. 206 do Código Tributário Nacional).

Em outras palavras, o simples ajuizamento de ação anulatória de débito não impede o ajuizamento da execução fiscal, nem tampouco determina a sua suspensão. Nesse sentido, o disposto no §1º do artigo 585 do Código de Processo Civil:

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

Todavia, na hipótese, por meio de uma análise perfunctória do recurso, verifico que, embora esses requisitos não tenham sido atendidos pelo agravante, há verossimilhança das suas alegações, em razão do entendimento firmado em sede de recurso representativo da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "Fazenda Pública, quer em ação anulatória, quer em execução embargada, faz jus à expedição de certidão positiva de débito com efeitos negativos, independentemente de penhora, posto inapropriáveis seus bens" (REsp 1.123.306/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Segundo o entendimento da Corte Superior, "Proposta ação anulatória pela Fazenda Municipal, "está o crédito tributário com a sua exigibilidade suspensa, porquanto as garantias que cercam o crédito devido pelo ente público são de ordem tal que prescindem de atos assecuratórios da eficácia do provimento futuro", sobressaindo o direito de ser obtida certidão positiva com efeitos de negativa." (REsp n. 601.313/RS, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 20.9.2004).

Com efeito, consigna o Ministro Relator Luiz Fux, no voto condutor do recurso: "considerando a excepcionalidade que assinala as prerrogativas da Fazenda pública federal, estadual ou municipal, mormente a impossibilidade de penhora de seus bens, revela a interpretação de que seja em sede de execução embargada ou ação anulatória pelo município, independentemente da prestação de garantia, é cabível a expedição da Certidão Positiva de Débitos com efeitos Negativos".

Na hipótese, portanto, presente a probabilidade de provimento do recurso necessária à concessão da tutela antecipada recursal.

Com relação ao risco de dano, verifica-se que também está demonstrado nos autos, haja vista que grande parte das receitas do município advêm dos repasses efetivados pelos governos federal e estadual, sendo que a apresentação da certidão de regularidade fiscal é condição para eles ocorram.

Diante do exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a antecipação da tutela recursal, para determinar a expedição da Certidão Positiva com Efeito de Negativa - CPD-EN em favor do município agravante, relativamente aos débitos questionados em sede da presente ação anulatória, bem como, determino o imediato desbloqueio dos valores do FPM que foram retidos pela União antes do trânsito em julgado da Ação Anulatória referida, bem como que a mesma se abstenha de efetuar novos bloqueios, tão somente por conta dos débitos que compõem o objeto desta Ação Anulatória.

Com relação à suspensão da exigibilidade dos débitos, faz-se necessária a abertura do contraditório.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta ao recurso.

Após, conclusos.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5027316-48.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
INTERESSADO: FAME - FABRICA DE APARELHOS E MATERIAL ELETRICO LTDA
Advogado do(a) INTERESSADO: RICARDO DA COSTA RUI - SP173509-A
RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e como art. 1º, *caput*, da Ordem de Serviço nº 02/2016, da Presidência da Primeira Turma, abra-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do novo Código de Processo Civil.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000576-23.2018.4.03.6121

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

APELANTE: JOSE CARLOS DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE LEONARDO FREITAS OLIVEIRA - SP326631-A, ROSELI DE AQUINO FREITAS - SP82373-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos por José Carlos da Silva contra decisão monocrática que, com fundamento no art. 932, IV, *b*, do CPC, negou provimento ao recurso de apelação.

Sustenta o embargante, em síntese, a ocorrência de vícios a serem sanados no v. acórdão. Afirma que o acórdão padece de omissão, vez que não aborda, de forma expressa, sobre: “*a) A exigência de correção monetária estampada pelo art.2º da lei do FGTS; b) A manipulação da TR pelo Banco Central/CMN; c) Os Índices que efetivamente produzem correção monetária; d) Subtração de recursos do patrimônio do trabalhador; e) A ilegalidade e a inconstitucionalidade da TR*”.

É o relatório. **DECIDO.**

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 535 do CPC (*EDcl no AgRg na Rcl 4855/MG, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 25/04/2011; EDcl no AgRg no REsp 1080227/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJE 30/03/2011; EDcl no AgRg no REsp 1212665/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011; STF: Rcl 3811 MCAgRED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 25/03/2011; AIAGRED 697928, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJE 18/03/2011*), sendo incabível o recurso (ainda mais com efeitos infringentes) para:

1) compelir o Juiz ou Tribunal a se debruçar novamente sobre a matéria já decidida, julgando de modo diverso a causa, diante de argumentos "novos" (*EDcl no REsp 976021/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJE 02/05/2011; EDcl no AgRg no Ag 807.606/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 15/04/2011*), ainda mais quando resta claro que as partes apenas pretendem "o rejuízo da causa, por não se conformarem com a tese adotada no acórdão" (*EDcl no REsp 1219225/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 15/04/2011; EDcl no AgRg no REsp 845184/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 21/03/2011; EDcl no MS 14124/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJE 11/02/2011*), sendo certo que a "insatisfação" do litigante com o resultado do julgamento não abre ensejo a declaratórios (*EDcl no AgRg nos EREsp 884621/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 04/05/2011*);

2) compelir o órgão julgador a responder a 'questionários' postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão (*EDcl no REsp 1098992/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 05/05/2011; EDcl no AgRg na Rcl 2644/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 03/03/2011*);

3) fins meramente infringentes (*AI 719801 ED, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe de 04/05/2011; AgRg no REsp 1080227/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJE 07/02/2011*). A propósito, já decidiu o STJ que "(...) a obtenção de efeitos infringentes nos aclaratórios somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do mencionado art. 535, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado" (*EDcl no AgRg no REsp 453718/MS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 15/10/2010*);

4) resolver "contradição" que não seja "interna" (*EDcl no AgRg no REsp 920.437/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 23/02/2011*);

5) permitir que a parte "repise" seus próprios argumentos (*RE 568749 AgR-ED, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJE 10/05/2011*);

6) prequestionamento, se o julgado não contém algum dos defeitos do artigo 535 do CPC, pois "(...) necessidade de prequestionamento não se constitui, de *per se*, em hipótese de cabimento dos embargos de declaração" (*AgRg no REsp 909113/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 02/05/2011*).

Nos termos do artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, o prequestionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Percebe-se que o vício apontado pela parte embargante se evidencia como tentativa de promover o reexame da causa. No entanto, os embargos de declaração são inadequados à modificação do pronunciamento judicial proferido, devendo a parte inconformada valer-se dos recursos cabíveis para lograr tal intento.

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foram tirados os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, a decisão combatida, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

Por fim, saliento que não há de se confundir fundamentação concisa com a ausência dela, não se exigindo do juiz a análise pormenorizada de cada uma das argumentações lançadas pelas partes, podendo ele limitar-se àquelas de relevância ao deslinde da causa, atendendo, assim, ao princípio basilar insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Nesse sentido a Corte Suprema já pacificou o tema, ao apreciar o AI nº 791.292, em sede de repercussão geral, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento do Plenário em 23.06.2010.

Pelo exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 0020220-42.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

APELANTE: DAVI JOSE FROZA

Advogado do(a) APELANTE: ADRIANA FURLAN DO NASCIMENTO - SP237932-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos por Davi Jose Froza contra decisão monocrática que, com fundamento no art. 932, IV, *b*, do CPC, negou provimento ao recurso de apelação.

Sustenta o embargante, em síntese, a ocorrência de vícios a serem sanados no v. acórdão. Afirma que o acórdão não aborda, de forma expressa, sobre “*os fundamentos que a utilização da TR como índice de correção do FGTS desobedeceria os limites materiais de inúmeros fundamentos e princípios constitucionais, como o Estado Democrático de Direito, atentando contra a Dignidade da pessoa Humana (art. 1º e inciso III, da CF), bem como contra os princípios da igualdade, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), da proteção ao direito de propriedade e direito adquirido (art. 5º, XXII e XXXVI da CF) e princípio da moralidade e eficiência (art. 37, caput da CF), restando a matéria questionada*”.

É o relatório. **DECIDO.**

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 535 do CPC (*EDcl no AgRg na Rcl 4855/MG, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 25/04/2011; EDcl no AgRg no REsp 1080227/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJE 30/03/2011; EDcl no AgRg no REsp 1212665/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011; STF: Rcl 3811 MCAGRED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 25/03/2011; AIAgRED 697928, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJE 18/03/2011*), sendo incabível o recurso (ainda mais com efeitos infringentes) para:

1) compelir o Juiz ou Tribunal a se debruçar novamente sobre a matéria já decidida, julgando de modo diverso a causa, diante de argumentos "novos" (*EDcl no REsp 976021/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJE 02/05/2011; EDcl no AgRg no Ag 807.606/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 15/04/2011*), ainda mais quando resta claro que as partes apenas pretendem "o rejuízo da causa, por não se conformarem com a tese adotada no acórdão" (*EDcl no REsp 1219225/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 15/04/2011; EDcl no AgRg no REsp 845184/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJE 21/03/2011; EDcl no MS 14124/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJE 11/02/2011*), sendo certo que a "insatisfação" do litigante com o resultado do julgamento não abre ensejo a declaratórios (*EDcl no AgRg nos EREsp 884621/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 04/05/2011*);

2) compelir o órgão julgador a responder a 'questionários' postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão (*EDcl no REsp 1098992/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJE 05/05/2011; EDcl no AgRg na Rcl 2644/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 03/03/2011*);

3) fins meramente infringentes (*AI 719801 ED, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe de 04/05/2011; AgRg no REsp 1080227/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJE 07/02/2011*). A propósito, já decidiu o STJ que "(...) a obtenção de efeitos infringentes nos aclaratórios somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do mencionado art. 535, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado" (*EDcl no AgRg no REsp 453718/MS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 15/10/2010*);

4) resolver "contradição" que não seja "interna" (*EDcl no AgRg no REsp 920.437/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 23/02/2011*);

5) permitir que a parte "repise" seus próprios argumentos (*RE 568749 AgR-ED, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJE 10/05/2011*);

6) prequestionamento, se o julgado não contém algum dos defeitos do artigo 535 do CPC, pois "(...) necessidade de prequestionamento não se constitui, de *per se*, em hipótese de cabimento dos embargos de declaração" (*AgRg no REsp 909113/RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJE 02/05/2011*).

Nos termos do artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, o prequestionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Percebe-se que o vício apontado pela parte embargante se evidencia como tentativa de promover o reexame da causa. No entanto, os embargos de declaração são inadequados à modificação do pronunciamento judicial proferido, devendo a parte inconformada valer-se dos recursos cabíveis para lograr tal intento.

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foram tirados os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, a decisão combatida, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

Por fim, saliento que não há de se confundir fundamentação concisa com a ausência dela, não se exigindo do juiz a análise pormenorizada de cada uma das argumentações lançadas pelas partes, podendo ele limitar-se àquelas de relevância ao deslinde da causa, atendendo, assim, ao princípio basilar insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Nesse sentido a Corte Suprema já pacificou o tema, ao apreciar o AI nº 791.292, em sede de repercussão geral, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento do Plenário em 23.06.2010.

Pelo exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030816-25.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: MELCHIOR CARLOS DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: DENILSON PEREIRA AFONSO DE CARVALHO - SP205939

AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

DESPACHO

Inicialmente, providencie o agravante cópia da matrícula atualizada do imóvel em debate.

Prazo: 5 (cinco) dias.

Cumprido ou decorrido *in albis*, tornem conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002416-69.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: NAILA HAZIME TINTI - SP245553-A

AGRAVADO: D & D LOTERIAS LTDA - ME

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **CAIXA ECONOMICA FEDERAL – CEF** contra decisão que, em ação ordinária, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos onde se objetiva a expedição de mandado de busca e apreensão dos bens e equipamentos de interesse, com ordem de arrombamento.

Sustenta a agravante, em síntese, que por motivo de inadimplemento contratual (ausência de repasse de créditos de arrecadações à Caixa), entre outras irregulares, a CAIXA buscou notificar pessoal e formalmente os sócios da ré D & D Lotéricas Ltda. – ME em setembro de 2015 para adequação da conduta da empresa às exigências contratuais. Pretende a obtenção de mandado de busca e apreensão dos bens e equipamentos constantes no estabelecimento abandonado pela agravada. Afirma que o desaparecimento dos representantes da agravada, bem como o fechamento da lotérica sem prévia e formal comunicação à CAIXA, ensejam inequívoco impedimento à retomada espontânea e voluntária dos bens entregues em comodato, pois se pressupõe que o maquinário não esteja recebendo a manutenção devida, correndo risco de ser alterado, modificado ou danificado, impedindo que estes sejam reaproveitados em outra unidade lotérica em funcionamento. Conclui que não há motivo plausível para que a agravada permaneça na posse dos bens outorgados em comodato, haja vista que não é mais permissionária da CAIXA, conforme demonstra o edital de Notificação, publicada no DOU do dia 17.12.2015.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em decisão da Lavra da Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morrison (Num. 303096).

Reconhecida em 10/07/2018 a incompetência da 2ª Seção para processar e julgar o feito, os autos foram redistribuídos (Num. 3482117).

Intimei a agravante para que se manifestasse sobre o seu interesse no julgamento do presente recurso, ao que a CEF respondeu que houve perda superveniente do objeto (Num. 7982285 e 8292955).

É o relatório. Decido.

Assim dispõe o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

No caso dos autos, com a notícia constante dos autos de origem de que a parte agravada foi despejada do imóvel no qual operava uma casa lotérica, bem como de que a agravante retirou seus bens daquele local, tenho que a decisão interlocutória que havia indeferido tal providência não mais subsiste, de modo que o presente recurso encontra-se esvaído de objeto.

Por tais razões, **nego seguimento** ao recurso porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixem os autos ao Juízo de Origem.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006014-60.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: POSTO NOSSA SENHORA DO PERPETUO SOCORRO LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIO CALMON DA SILVA BRASILEIRO - BA1478200A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023148-37.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: LICAV INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CESAR LOPES GONCALES - SP196459-A, MATHEUS CAMARGO LORENA DE MELLO - SP292902-A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5001161-94.2017.4.03.6126

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

APELANTE: ROGERIO DONIZETI DE PAULA

Advogado do(a) APELANTE: CHARLES LIMA VIEIRA DE SOUZA - SP349613-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por Rogerio Donizeti de Paula contra r. sentença que julgou improcedente a ação em que se objetiva a substituição do índice de correção monetária de sua conta vinculada do FGTS e o pagamento das diferenças apuradas, nos termos da exordial. Sem condenação em honorários advocatícios. Concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões de apelação, a parte autora sustenta, em síntese, que a Taxa Referencial - TR não pode ser utilizada como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, porquanto não reflete a real inflação do período.

Requer a reforma da r. sentença para que a recorrida seja condenada nos pedidos formulados na inicial.

Com as contrarrazões da CEF, vieram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O caso comporta julgamento na forma do art. 932, IV, b, do CPC.

Conheço da apelação, recebendo-a em seus regulares efeitos (art. 1.012, *caput*, do CPC).

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

Nesse passo, todo empregador é responsável pelo depósito mensal de 8% sobre a remuneração recebida no mês pelo empregado, realizado junto à conta vinculada ao FGTS, cujo saldo é corrigido monetariamente e acrescido de juros, por força do disposto nos artigos 2º e 13 da lei 8.036/90:

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de 3% ao ano.

Com o advento da Lei nº 8.177/1991, que estabeleceu regras para a desindexação da economia, ficou disposto que:

Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.

Posteriormente, a Lei 8.660/93, que estabelecia novos critérios para a fixação da Taxa Referencial - TR, extinguiu a Taxa Referencial Diária - TRD, e estabeleceu a TR como critério de remuneração da poupança:

Art. 2º. Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei 8.177, de 1º de março de 1991.

(...)

Art. 7º. Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial - TR relativa à respectiva data de aniversário.

Dessa forma, a atualização dos saldos dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS, assim como das contas de poupança, é realizada pela TR - Taxa Referencial, de acordo com os artigos 12 e 17 da lei 8.177/91.

Destarte, os saldos das contas vinculadas ao FGTS são corrigidos pela TR - Taxa Referencial, bem como acrescidos de juros de 3% a.a., portanto, desde 01/05/1993, a TR é o índice legal previsto para a remuneração dos valores depositados em conta vinculada ao FGTS.

A respeito da sua aplicabilidade sobre os valores devidos a título de FGTS, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 459: "*A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo*".

Diante das disposições legais que estabelecem a TR como o índice legal devido, **descabe a sua substituição por qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.**

Convém salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn 493/DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como índice de indexação, tendo considerado inconstitucionais o art. 18, *caput*, § 1º, § 4º, o art. 20, o art. 21, parágrafo único, o art. 23 e parágrafos e o art. 24 e parágrafos, da Lei 8.177/91, apenas quanto à sua aplicação em substituição a índices estipulados em contratos firmados antes da vigência dessa lei.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA REFERENCIAL. INCLUSÃO NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. 1. Acórdão recorrido assentando que a questão discutida no recurso versa erro de direito atingido pelo fenômeno da preclusão. 2. Agravo interposto na fase da expedição do precatório, consoante iterativa jurisprudência, não pode fazer às vezes de embargos do executado e superar a preclusão. 3. É assente no Egrégio STJ que omissa a sentença é lícita a inclusão de índices na conta de liquidação cujo trânsito da sentença, por ausência de oposição à subsequente correção inibe a impugnação quando da expedição do Precatório. Precedentes: ERESP nº 478359/SP, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 13.09.2004; RESP 445630/CE, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 24.03.2003;RESP 463118, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 15.12.2003. 4. Destarte, in casu, não houve erro material, isto porque a inclusão de expurgos adveio da determinação contida na própria sentença. Outrossim, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de ser cabível a inclusão dos chamados expurgos inflacionários no cálculo da correção monetária, em conta de liquidação de sentença, na fase de execução, de modo a refletir a real desvalorização da moeda. Contudo, a possibilidade de inclusão dos expurgos inflacionários adstringe-se ao momento anterior ao trânsito em julgado da sentença de homologação dos cálculos de liquidação, em respeito aos institutos da preclusão e da coisa julgada. 5.É assente restar correta a aplicação da TR nos cálculos, haja vista que o STF, em hipóteses análogas, em ADIn's fundadas na sua impugnação como fator de correção monetária, concluiu que referido índice referenciador não foi suprimido do ordenamento jurídico, restando apenas que o mesmo não poderia substituir outros índices previamente estabelecidos em lei ou em contratos, pena de violação do ato jurídico perfeito. Sob esse ângulo, "O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIn's 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIn's, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI." (RE-175678/MG - Rel. Ministro Carlos Velloso) 6. A sentença exequenda determinou fosse a restituição "acrescida de correção monetária e juros de mora", sem especificar índices, conforme fls. 29 dos autos. 7. No que pertine à aplicação da correção monetária, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. 8. O erro material caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a representar a manifestação viciada da vontade, e pode ser sanado a qualquer tempo, para subtrair os expurgos da conta de precatório complementar, sem que se ofenda a coisa julgada, hipótese que o próprio Tribunal a quo entendeu inócua, in casu. 9. Recurso Especial desprovido." (STJ, 1ª T. RESP 706.633, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 27/06/2005).

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS RELATIVOS AO NÃO-RECOLHIMENTO DE FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. INCIDÊNCIA. 1. Versam os autos sobre embargos à execução opostos por Algemiro Manique Barreto e Companhia Ltda. em face da execução fiscal promovida pela CEF em razão de não-recolhimento de parcelas do FGTS. A sentença de improcedência foi confirmada pelo Tribunal de origem que afirmou que "a legislação de regência (artigos 13 e 22 da Lei nº 8.036/90) dispõe que os saldos em contas vinculadas devem ser corrigidos pelos mesmos índices dos depósitos em poupança, ou seja, TR (Lei nº 8.177/91, artigo 12, I)". Recurso especial que se insurge quanto à manutenção da incidência da TR sobre os débitos questionados, alegando-se violação da nova redação dada ao art. 9º da Lei n. 8.177/91, por intermédio da edição da Lei n. 8.218/91. Pugna-se pelo afastamento da aplicação da TR a título de correção monetária. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que a TR é índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos do FGTS decorrentes dos valores recolhidos pelos fundistas e não-repassados ao Fundo.3. Precedentes: REsp 654.365/SC, Rel. Min. Denisa Arruda, DJ 01/10/2007; REsp 480.328/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 06/06/2005;REsp 830.495/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 23.11.2006. 4. Recurso especial não-provido." (REsp 992.415/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 05/03/2008)

"ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO DE SALDOS DE CONTA VINCULADA AO FGTS - APLICAÇÃO DA TR - JUROS REMUNERATÓRIOS - ART. 13 DA LEI Nº 8.036/90. 1. A rentabilidade garantida nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço - FGTS é de 3% (três por cento) de juros ao ano, mais correção pela Taxa Referencial (TR). Observância do art. 13 da Lei nº 8.036/90. 2. A lei, portanto, determina a aplicação da TR, índice utilizado para atualização dos depósitos de poupança, como índice de atualização monetária das contas do FGTS e não o IPCA. 3. A Caixa Econômica Federal, órgão gestor do FGTS, não pode deixar de cumprir o disposto na Lei nº 8.036/90, de modo a aplicar índice não previsto em lei. 4. Precedentes: STJ, REsp 2007/0230707-8, Rel. Min. José Delgado, DJe 05/03/2008; TRF-2, AC 2009.51.01.007123-5/RJ, Rel. Des. Federal Reis Friede, E-DJF2R: 09.07.2010. 5. Apelação desprovida. Sentença mantida." (TRF2, AC nº 524737, 5ª Turma Especial, Rel. MARCUS ABRAHAM, E-DJF2R - 30/11/2012, p. 62).

"FGTS. CORREÇÃO DE SALDOS, DA CONTA VINCULADA. SUBSTITUIÇÃO DA TR PELO IPCA, INPC OU QUALQUER OUTRO ÍNDICE QUE MELHOR REFLITA A INFLAÇÃO. LEIS 8.036/90, 8.117/91 E 8.660/93. SÚMULA 459 DO STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. 1. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza contratual e sim estatutária, por decorrer e ser disciplinado por lei. Assim sendo, não há direito adquirido a regime jurídico de correção monetária, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. 2. A Lei 8.036/90, responsável por regular normas e diretrizes do FGTS, expressamente estabelece que os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalizarão juros de 3% ao ano. 3. A vista dessas disposições, sobreveio a Lei 8.177, de 1991, dispondo, em seu art. 17, parágrafo único, que, a partir de fevereiro de 1991, tanto os saldos da conta vinculada ao FGTS, como as contas de poupança, passariam a ser remunerados pela TRD - Taxa Aplicável à Remuneração Básica dos Depósitos de Poupança. 4. Posteriormente, a Lei 8.660/93 foi expressa em extinguir, a partir de 01/05/1993, a TRD, tendo estabelecido a TR como critério de remuneração da poupança. 5. A respeito da aplicabilidade da TR sobre os valores devidos a título de FGTS, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 459, dispondo que a Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. 6. Descabe a substituição TR pelo IPCA, INPC ou qualquer outro índice, ainda que mais vantajoso ao fundista, por implicar a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, em flagrante ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. 7. Além disso, o deferimento da pretensão autoral poderá criar uma situação de desigualdade, haja vista que, existindo vários índices destinados a medir a inflação, estar-se-ia admitindo que cada trabalhador pleiteasse em Juízo o índice considerado por ele como sendo o mais vantajoso. 8. Apelação improvida." (TRF 3ª Região, AC 2014.61.40.000654-6/SP, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, j. 21.10.2014, DE 29.10.2014, v.u.) .

De qualquer sorte, a matéria não comporta mais discussão diante do julgamento do REsp nº 1.614.874/SC, submetido ao regime dos recursos repetitivos.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 11/04/2018, sob a Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial, no sentido de manter a Taxa Referencial como forma de atualização monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, fixando a tese de que *"A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice"*.

A ementa restou consignada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 731. ARTIGO 1.036 DO CPC/2015. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES DEPOSITADOS POR ÍNDICE QUE MELHOR REPONHA AS PERDAS DECORRENTES DO PROCESSO INFLACIONÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FGTS QUE NÃO OSTENTA NATUREZA CONTRATUAL. REGRAMENTO ESTABELECIDO PELO ART. 17 DA LEI N. 8.177/1991 COMBINADO COM OS ARTS. 2º E 7º DA LEI N. 8.660/1993. 1. Para os fins de aplicação do artigo 1.036 do CPC/2015, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 2. O recorrente assevera que "[...] a TR deixou de refletir, a partir de 1999, as taxas de inflação do mercado financeiro, e, por conseguinte, o FGTS também deixou de remunerar corretamente os depósitos vinculados a cada trabalhador" (fl. 507). Defende a aplicação do INPC ou IPCA ou, ainda, de outro índice que melhor reponha as perdas decorrentes da inflação. 3. Por seu turno, o recorrido alega que a lei obriga a aplicação da TR como fator de correção de monetária, na medida em que o FGTS não tem natureza contratual, tendo em vista que decorre de lei todo o seu disciplinamento, inclusive a correção monetária que lhe remunera. 4. A evolução legislativa respeitante às regras de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS está delineada da seguinte forma: (i) o art. 3º da Lei n. 5.107/1966 previra que a correção monetária das contas fundiárias respeitaria a legislação específica; (ii) posteriormente, a Lei n. 5.107/1966 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 20/1966, e o art. 3º supra passou a prever que os depósitos estariam sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação e capitalizariam juros segundo o disposto no artigo 4º; (iii) em 1989, foi editada a Lei n. 7.839, que passou a disciplinar o FGTS e previu, em seu art. 11, que a correção monetária observaria os parâmetros fixados para atualização dos saldos de depósitos de poupança; (iv) a Lei n. 8.036/1990, ainda em vigor, dispõe, em seu art. 13, a correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS com parâmetro nos índices de atualização da caderneta de poupança; (v) a Lei n. 8.177/1991 estabeleceu regras de desindexação da economia, vindo a estipular, em seu art. 17, que os saldos das contas do FGTS deveriam ser remunerados, e não mais corrigidos, pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança; e (vi) a partir da edição da Lei n. 8.660/1993, precisamente em seus arts. 2º e 7º, a Taxa Referencial. 5. O FGTS não tem natureza contratual, na medida em que decorre de lei todo o seu disciplinamento. Precedentes RE 248.188, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1/6/2001; e RE 226.855/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13/10/2000. 6. É vedado ao Poder Judiciário substituir índice de correção monetária estabelecido em lei. Precedentes: RE 442634 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30/11/2007; e RE 200.844 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/08/2002. 7. O FGTS é fundo de natureza financeira e que ostenta característica de multiplicidade, pois, além de servir de indenização aos trabalhadores, possui a finalidade de fomentar políticas públicas, conforme dispõe o art. 6º da Lei 8.036/1990. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 8. A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice. 9. Recurso especial não provido. Acórdão submetido à sistemática do artigo 1.036 do CPC/2015.

Nesse sentido os arestos emanados desta Corte Regional:

DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 CPC/15. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO IMPROVIDO. I - A Taxa Referencial (TR) foi instituída pela Medida Provisória nº 294, de 31 de janeiro de 1991, convertida na lei nº 8.177, de 1º de março de 1991. II - Posteriormente, a partir de 01/05/1993, a TRD foi substituída pela TR como critério de remuneração da poupança, conforme disposto pela Lei 8.660/93 em seus art. 2º e 7º. III - O STJ editou a Súmula nº 459, dispondo que a TR é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao Fundo. IV - Quanto ao decidido no julgamento das ADINs n. 4.357 e 4.425, o Egrégio STF reconheceu repercussão geral à questão da constitucionalidade do uso da TR e dos juros da caderneta de poupança para o cálculo da correção monetária e dos ônus de mora nas dívidas da Fazenda Pública, e vem determinando, por meio de sucessivas reclamações, e até que sobrevenha decisão específica, a manutenção da aplicação da Lei n. 11.960/2009 até 25/3/2015. V - Assim, até o pronunciamento final do STF acerca do mérito do referido recurso extraordinário, a Lei 11.960/2009 continua vigente em fase de conhecimento/liquidação de sentença, pois no julgamento do RE 870.947, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foi reconhecida a existência de nova repercussão geral sobre correção monetária e juros de mora a serem aplicados na liquidação de sentenças, pois referidos acessórios, nas ADIs nº 4.357 e 4.425, tiveram por alvo apenas a fase do precatório. VI - Verifica-se, portanto, que inexistente qualquer ilegalidade na aplicação da TR como índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS. VII - Ademais, em 11.04.2018 a 1ª Seção do Colendo STJ julgou o RESp Repetitivo nº 1.614.874-SC (tema 731), manteve a TR como índice de atualização das contas do FGTS. O colegiado, de forma unânime, estabeleceu a tese de que "a remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice". VIII - Agravo interno improvido. (Ap 00100597020144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A r. decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A parte agravante não apresenta argumentos relevantes que autorizem ou justifiquem a reforma da r. decisão agravada. 3. Quanto à matéria tratada nesse feito, ou seja, o cabimento da TR na atualização dos saldos de FGTS, em recentíssima data, a questão foi levada a julgamento pela C. Primeira Seção do STJ, em 11.04.18, no Recurso Especial nº 1.614.874/SC, afetado pelo rito do artigo 1.037, II do novo Código de Processo Civil, sob a Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. Em tal data, por unanimidade, foi desprovido o recurso especial que tinha como objeto a possibilidade de a TR ser substituída por outro índice de correção monetária mais vantajoso para atualização dos saldos existentes em contas fundiárias (acórdão pendente de publicação). 4. Entendeu o C. STJ que a adoção de indexador distinto do eleito pelo legislador provocaria violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria atuando como legislador positivo. 5. Tratando-se de questão jurídica cujo debate nos Tribunais subsiste há décadas, em todo esse período sempre se aplicando a TR para correção monetária, não se antevê plausibilidade em questionamentos de ordem constitucional contra referida aplicação, especificamente, nas contas de FGTS, questão que, afinal, somente deverá ser solucionada pelo C. Supremo Tribunal Federal, na condição de tribunal constitucional do país e, inclusive, com eventual decisão sobre modulação dos efeitos do julgado. 6. Agravo legal desprovido. (Ap 00037506320154036111, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Outrossim, não se desconhece que a constitucionalidade do uso da TR como índice de correção monetária dos depósitos do FGTS também é objeto da ADI 5.090/DF.

Todavia, vale consignar que no referido *decisum* (REsp nº 1.614.874/SC), asseverou o Ministro Relator Benedito Gonçalves que a ADI 5.090/DF não suspende o trâmite dos demais processos em que se discute o tema. Confira-se excerto de seu voto:

"Preliminarmente, é imperioso expor, desde já, que não se desconhece que a questão em análise neste recurso especial representativo de controvérsia guarda certa similitude com o que o Supremo Tribunal Federal está apreciando nos autos da ADI 5.090/DF, em que se alega a inconstitucionalidade de trecho do artigo 13, caput, da Lei 8.036/1990 e do artigo 17, caput, da Lei 8.177/1991, com o fundamento de que o emprego da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS viola o direito de propriedade, o direito dos trabalhadores ao FGTS e o princípio da moralidade administrativa. Não há, contudo, impedimento para que se prossiga no julgamento deste repetitivo, pelos seguintes motivos: (i) a meta 7 do Conselho Nacional de Justiça impõe que os recursos representativos de controvérsia sejam julgados no prazo de 180 (cento e oitenta) dias; (ii) a existência de 409.987 (quatrocentos e nove mil e novecentos e oitenta e sete) processos suspensos nos Tribunais Regionais e Juizados Especiais Federais, aguardando o presente julgamento (conforme informação contida no sítio http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp, colhida em 3/4/2018); e (iii) em ação direta de inconstitucionalidade, em via de regra, inexistente previsão legal no sentido de suspender o trâmite dos demais processos em que se discute tema idêntico àquele objeto da ADI, salvo em situações específicas, nas quais o Supremo Tribunal Federal determina expressamente a suspensão dos processos, o que não se verifica no caso em tela. Evidencia-se, portanto, não ser o caso de suspensão do julgamento do presente recurso especial representativo de controvérsia, com o fim de aguardar o desfecho da ADI 5.090/DF."

Ademais, cumpre consignar que a existência de *decisum* submetido ao regime dos recursos repetitivos autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independentemente do trânsito em julgado.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EFETIVADO NOS TERMOS DO ART. 1.040, II, DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM FACE DO ARESTO PROLATADO NO RE 579.431/RS, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Na matéria, o STF consigna que "a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma" (ARE 977.190 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 23/11/2016). 2. Assim, tanto os julgados do STJ quanto os do STF já firmaram entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral. Precedentes: STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/10/2015. 3. O referido posicionamento vem ao encontro do que dispõe o art. 1.040, II, do CPC/2015, quando consigna que "o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior". 4. Embargos de declaração rejeitados. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Napoleão Nunes Maia Filho e Luis Felipe Salomão. (DERESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - 1150549 2010.01.02985-5, OG FERNANDES, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:23/03/2018 ..DTPB:.) –g.n.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, TIDOS POR VIOLADOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, NA VIA ESPECIAL, PELO STJ. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 17/04/2018. II. O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, dar parcial provimento ao Recurso Especial da contribuinte, tão somente para, nos termos do pedido inicial, afastar a incidência do ICMS da base de cálculo da COFINS, em consonância com o decidido pelo STF, no RE 574.706/PR, determinando que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das questões decorrentes da reforma do acórdão da Apelação. III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do decisum. IV. A jurisprudência do STF e do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar - como pretende a embargante - o trânsito em julgado, para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral. Precedentes (STF, AgRg no ARE 673.256/RS, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/10/2013; STJ, AgInt no AREsp 838.061/GO, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 08/06/2016; AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/10/2015; AgInt no REsp 1.336.581/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/09/2016). V. Na forma da jurisprudência do STJ, "a pendência de publicação do acórdão proferido no julgamento da Repercussão Geral pelo STF (RE 574.706/PR) não constitui hipótese de sobrestamento" (STJ, AgInt no REsp 1.609.669/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/04/2018). Na mesma direção: STJ, EDcl no AgInt no AgRg no AgRg no AREsp 430.921/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2018. VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de manifestação desta Corte, em sede de Recurso Especial, ainda que para fins de prequestionamento, a respeito de alegada violação a dispositivos da Constituição Federal. Precedentes. VII. Embargos de Declaração rejeitados. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. (EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1144807 2009.01.84154-0, ASSUSETE MAGALHÃES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/06/2018 ..DTPB:.) – g.n.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, IV, b, do CPC, **nego provimento** ao recurso de apelação.

Condeno a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, observados os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 3º do artigo 98 do CPC.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001275-44.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: RODRIGO LOUBACK DE CARVALHO
Advogado do(a) AGRVANTE: DOMINIQUE BORGES QUEIROZ JULIO - RJ189590
AGRAVADO: COMANDO DA AERONAUTICA, UNIAO FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004573-44.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: ANDRE MARQUES MARTINS
Advogado do(a) AGRVANTE: PAULO HENRIQUE SANTOS - SP339913
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004939-83.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ODONTO EMPRESAS CONVENIOS DENTARIOS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: NATALIA SIROLI FERRO CAVALCANTI - SP3001440A, LETICIA RAMIRES PELISSON - SP257436-A, VIVIAN CASANOVA DE CARVALHO ESKENAZI - RJ1285560S

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023169-13.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

AGRAVADO: LIBERTY SEGUROS S/A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELLO PEDROSO PEREIRA - SP205704-A

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016567-06.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: BRUNO DE OLIVEIRA CARVALHO

Advogados do(a) AGRAVANTE: NATALIA ROXO DA SILVA - SP344310-A, ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016109-86.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: MAGAZINE LUIZA S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A, NATALIE DOS REIS MATHEUS - SP285769-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intímem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001981-27.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: GLEICE MAGALHAES DOS SANTOS SILVA, WILLIAM DA SILVA FIRMINO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intímem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005422-16.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: INDUSTRIA GRAFICA FORONI LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: ALBERTO CORDEIRO - SP1730960A

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007135-26.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: MARCOS KULICZ, CRISTIANE GARCIA KULICZ

Advogado do(a) AGRVANTE: GERALDO FRANCISCO DE PAULA - SP109570

Advogado do(a) AGRVANTE: GERALDO FRANCISCO DE PAULA - SP109570

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003201-60.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: CARLOS THIAGO SOARES, THAIS HELENA HERNANDES SOARES

Advogado do(a) AGRVANTE: MARCELO AUGUSTO RODRIGUES DA SILVA LUZ - SP366692-A

Advogado do(a) AGRVANTE: MARCELO AUGUSTO RODRIGUES DA SILVA LUZ - SP366692-A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009409-60.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: ERIVALDO CORREA DE LIMA E SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ERIVAN RODRIGUES - SP391621
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031335-97.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL
AGRAVADO: MCP CONSULTORIA E ENGENHARIA NAVAL LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: DIOGO UEBELE LEVY FARTO - SP259092-A

D E S P A C H O

Antes de apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal, reputo necessária a intimação da agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Com a manifestação da agravada ou decorrido o prazo *in albis*, tomem os autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031325-53.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
AGRAVADO: GEYSE MOURA MATHIAS SOUZA
Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON GOMES MATTOS JUNIOR - SC17387-A

D E S P A C H O

Verifica-se não constar da inicial pedido de efeito suspensivo ou de antecipação dos efeitos da tutela recursal, razão pela qual deixo de proferir decisão nesta fase recursal.

Intime-se a agravada, nos termos do artigo 1.019, II do CPC.

Publique-se.

Após, tomem conclusos para julgamento.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031429-45.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: CARLOS CESAR DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARLON MARTINS LOPES - SP288360
AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

D E S P A C H O

Antes de apreciar o pedido de efeito suspensivo, reputo necessária a intimação da agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Com a manifestação da agravada ou decorrido o prazo *in albis*, tornem os autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031579-26.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO HENRIQUE GUEDES SARDINHA - SP241739-A

AGRAVADO: JENI ROMERO BATISTA, KATIA APARECIDA GOMES BATISTA, MARCIA DE SOUZA, MARIA DE LOURDES GOMES DE OLIVEIRA, ALADIAGARA DA SILVA MENDES DE PAULA, ANSELMO MARTINS DA SILVA, CICERO FRANCISCO NASCIMENTO CARDOSO, EDUARDO MUNIZ, JAIR SOARES, CAIXA SEGURADORA S/A, SUL AMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

Advogado do(a) AGRAVADO: MARIO MACEDO MELILLO - SP332486-S

DESPACHO

Inicialmente, deverá a agravante comprovar por meio de Declaração Delphos ou Tela Cadmut a natureza da apólice – pública (ramo 66) ou privada (ramo 68) – relativa ao contrato de financiamento debatidos no feito de origem.

Prazo: 20 (vinte) dias.

Cumprida a determinação supra, intimem-se os agravados para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Por fim, venham conclusos para julgamento.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017462-30.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA

AGRAVANTE: VALERIA PETRI

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLA CRISTINA PEREIRA - SP186320

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA

DECISÃO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por VALERIA PETRI, em face de decisão que indeferiu tutela provisória de urgência requerida com a finalidade de impedir a realização de leilão de bem imóvel objeto de financiamento junto à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF.

Sustenta a agravante, em síntese, a nulidade do procedimento de alienação extrajudicial do bem, em virtude da discussão acerca da existência de saldo residual após o pagamento de 240 parcelas do contrato, o que implicou a inadimplência.

Aduz a incorreção do índice de reajuste aplicado e vícios na notificação para purgação da mora.

Pleiteia a concessão de antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Nos termos do art. 995, parágrafo único do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção dos seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Na hipótese, a partir de uma análise perfunctória do recurso, verifico que não houve demonstração da probabilidade de provimento do recurso.

Isso porque, conforme consignado na decisão recorrida, Na ação que tramitou na 1ª Vara de Santos (proc. n.º 0009319-03.2014.403.6101), denominada de “revisional do contrato de financiamento”, questionou a autora a existência de ilegalidades no mesmo contrato de financiamento objeto da presente ação, a saber: a exigência do saldo residual, a inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, a falta de intimação pessoal para purgação da mora, sustentando que a fixação do preço teria ficado ao arbítrio da ré, que seriam nulas as cláusulas contratuais que permitiriam à ré prorrogar unilateralmente os meses, aumentar os valores da amortização e determinar o acréscimo do valor financiado. Referida ação foi julgada improcedente e está pendente o julgamento do recurso contra a sentença por esta Corte Regional.

As alegações feitas em sede da presente ação, embora não sejam de todo idênticas, não prescindem da realização do contraditório, notadamente a de eventual nulidade da notificação, o que impede a concessão da tutela provisória.

Outrossim, não vislumbro a existência de risco de dano irreparável porque não há qualquer indício de iminência de leilão extrajudicial do bem em questão.

Sobre os requisitos para antecipação da tutela recursal, ainda sob a égide do CPC/1973, mas perfeitamente aplicável à espécie, destaco a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEBÊNTURES. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ IMEDIATA E COTAÇÃO EMBOLSA DE VALORES. 1. A antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida exige que seja demonstrado, por meio de prova inequívoca e verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sem que se configure perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, conforme inciso III do art. 527 c/c art. 273 do CPC. (...)

(AI 00185714320134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2013 .FONTE_REPUBLICACAO:.)

Diante do exposto, **indefero** o pedido de antecipação da tutela recursal.

Após, vista à parte agravada para apresentação de contraminuta.

Por fim, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
AGRAVADO: JOSE ROBERTO MUNHOLI
REPRESENTANTE: CLAUDIA ROBERTA LUZIA BALZANO MUNHOLI
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE LUIS DELBEM - SP104676,

DESPACHO

Antes de apreciar o pedido de efeito suspensivo, reputo necessária a intimação da agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Com a manifestação da agravada ou decorrido o prazo *in albis*, tornem os autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024406-82.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: EXPRESSO MASTER LOGISTICA E TRANSPORTE LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

DECISÃO

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004584-73.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: MADE IN BRAZIL COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A, RAFAEL SANTIAGO ARAUJO - SP342844
AGRAVADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007920-85.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: PEDRO AURELIO DE QUEIROZ PEREIRA DA SILVA - SP210237
AGRAVADO: SEMENTES ESPERANCA COMERCIO, IMP. E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO FELIPE DINAMARCO LEMOS - SP197759-A

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031610-46.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: MARCOS TADEU DE OLIVEIRA SABINO, IVETE RIBEIRO BATISTA DE SOUZA SABINO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A
AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

D E S P A C H O

O preparo do presente recurso deve ser realizado nos termos da Resolução nº 138 de 06.07.2017 de lavra da Exma. Desembargadora Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Conforme a Tabela V da referida Resolução, as custas no valor de R\$ 64,26 devem ser recolhidas sob o código de receita 18720-8, UG/Gestão 090029/00001, em Guia de Recolhimento da União – GRU, em qualquer agência da CEF – Caixa Econômica Federal, juntando-se obrigatoriamente comprovante nos autos (artigo 3º).

No caso dos autos, contudo, verifico que a agravante não comprovou o recolhimento das custas, conforme certificado no documento Num. 5154975 – Pág. 1, tampouco que lhe foram concedidos os benefícios da justiça gratuita.

Considerando, assim, que com a vigência do Novo Código de Processo Civil, no caso de eventual constatação da ausência de qualquer peça que comprometa a admissibilidade do recurso deverá o relator conceder ao recorrente prazo para complementação da documentação, nos termos do parágrafo único do artigo 932 daquele diploma legal, reputo necessária a intimação da agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias comprove o recolhimento das custas **em dobro**, nos termos do artigo 1.007, § 4º do Novo CPC, sob pena de negativa de seguimento ao presente agravo.

Cumprida a determinação supra, intime-se a agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC, ocasião em que deverá esclarecer se notificou o agravante para purgar a mora e quanto à data de realização do leilão, comprovando documentalmente.

Com a manifestação da agravada ou decorrido o prazo *in albis*, tomem os autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031514-31.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: MARIO ROBERTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: BARBARA HELENE NACATI GRASSI FERREIRA - MS12466
AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

D E S P A C H O

O preparo do presente recurso deve ser realizado nos termos da Resolução nº 138 de 06.07.2017 de lavra da Exma. Desembargadora Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Conforme a Tabela V da referida Resolução, as custas no valor de R\$ 64,26 devem ser recolhidas sob o código de receita 18720-8, UG/Gestão 090029/00001, em Guia de Recolhimento da União – GRU, em qualquer agência da CEF – Caixa Econômica Federal, juntando-se obrigatoriamente comprovante nos autos (artigo 3º).

No caso dos autos, contudo, verifico que a agravante não comprovou o recolhimento das custas, conforme certificado no documento Num. 11155199 – Pág. 1, tampouco que lhe foram concedidos os benefícios da justiça gratuita.

Considerando, assim, que com a vigência do Novo Código de Processo Civil, no caso de eventual constatação da ausência de qualquer peça que comprometa a admissibilidade do recurso deverá o relator conceder ao recorrente prazo para complementação da documentação, nos termos do parágrafo único do artigo 932 daquele diploma legal, reputo necessária a intimação da agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias comprove o recolhimento das custas **em dobro**, nos termos do artigo 1.007, § 4º do Novo CPC, sob pena de negativa de seguimento ao presente agravo.

Cumprida a determinação supra, intime-se a agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC, ocasião em que deverá esclarecer se notificou o agravante para purgar a mora e quanto à data de realização do leilão, comprovando documentalmente.

Com a manifestação da agravada ou decorrido o prazo *in albis*, tomem os autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021299-93.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BETA BRASIL LIMPEZA E CONSERVACAO LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: SHIRLEY ARAUJO NOVAIS DE AQUINO - SP236210

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Antes de apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal, reputo necessária a intimação da agravada para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta nos termos artigo 1.019, II do CPC.

Com a manifestação da agravada ou decorrido o prazo *in albis*, tomem os autos conclusos.

Intime-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002589-25.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY

AGRAVANTE: SPX SERVICOS DE IMAGEM LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS RODRIGUES PEREIRA - SP260465-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

No processo em que foi proferida a decisão impugnada no presente agravo de instrumento, o juízo de primeiro grau prolatou sentença, conforme consulta no sistema informatizado de andamento processual.

Sendo assim, o presente agravo encontra-se esvaído de objeto.

Posto isto, face versar sobre decisão interlocutória cujas consequências jurídicas já se encontram superadas, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, nego seguimento ao recurso.

Publique-se e intimem-se. Decorrido o prazo legal, comunique-se a Vara de origem.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5028533-29.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

RECORRENTE: FUNDAÇÃO PRO NATUREZA

Advogados do(a) RECORRENTE: CLAUDIO ROBERTO BARBOSA - SP133737, ALINE FERREIRA DE CARVALHO DA SILVA - RJ159878

RECORRIDO: NATURA COSMETICOS S/A, INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) RECORRIDO: FABIO RIVELLI - SP297608-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, caput, da Ordem de Serviço nº 01/2016, da Presidência da Segunda Turma, abre-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017809-97.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

AGRAVADO: GILENO DOS SANTOS

INTERESSADO: BRADESCO SEGUROS S/A

Advogado do(a) AGRAVADO: ADELAIDE ROSSINI DE JESUS - SP27024

Advogado do(a) INTERESSADO: VICTOR JOSE PETRAROLI NETO - SP31464

D E C I S Ã O

Trata-se de **agravo de instrumento**, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela **Caixa Econômica Federal** em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Santos - SP que, nos autos da ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária, ajuizada por GILENO DOS SANTOS e JOSEFA MAIRA DOS SANTOS, contra BRADESCO SEGUROS S/A, **indeferiu** o ingresso da CEF na lide, determinando a devolução do feito à Justiça Estadual.

Em sua minuta, a agravante pugna pela reforma da decisão agravada, aduzindo, em apertada síntese, a competência da Justiça Federal, haja vista o interesse da Caixa em ingressar nos feitos mesmo em relação aos contratos celebrados antes da Lei nº 7.682, de 02 de dezembro de 1988.

Apresentadas contrarrazões pela parte autora.

É o relatório.

Decido.

Anoto, de início, que o presente recurso será julgado *monocraticamente* por este Relator, nos termos do disposto no artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que os *fundamentos doravante adotados* estão amparados em Súmulas, Recursos Repetitivos, precedentes ou jurisprudência estabilizada dos Tribunais Superiores, bem como em texto normativo e na jurisprudência dominante desta Corte Regional Federal, o que atende aos princípios fundamentais do processo civil, previstos nos artigos 1º a 12 da Lei nº 13.105/2015 - Novo CPC.

Consigno, por oportuno, que tal exegese encontra amparo na jurisprudência desta Corte Regional Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme pode ser verificado nos seguintes precedentes, *verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO UNIPESSOAL. RELATOR. RECURSO INADMISSÍVEL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. *1. Os arts. 557 do CPC/73 e 932 do CPC/2015, bem como a Súmula 568/STJ, admitem que o Relator julgue monocraticamente recurso inadmissível ou aplique jurisprudência consolidada nesta Corte, além de reconhecer que não há risco de ofensa ao princípio da colegialidade, tendo em vista a possibilidade de interposição de recurso ao órgão colegiado. 2. Não se conhece do recurso quando a parte carece de interesse recursal acerca da questão, em virtude de o julgamento na instância anterior lhe ter sido favorável. 3. Agravo interno não provido. (STJ, Quarta Turma, AINTARESP nº 382.047, Registro nº 201302616050, Rel. Des. Fed. Conv. Lázaro Guimarães, DJ 29.06.2018 - grifei)*

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO NOVO CPC. CABIMENTO DE DECISÃO MONOCRÁTICA. ENTENDIMENTO DOMINANTE. DEVIDO PROCESSO LEGAL RESPEITADO. RECURSO DESPROVIDO. - *Tratando-se de agravo interno, calha desde logo estabelecer que, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinentes ao tema: AgRgMS n. 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19/6/01, RTRF 49/112; AgRgEDAC n. 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29/7/04, p. 279. - Nos termos do disposto no artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015, estão presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática, porque as questões controvertidas já estão consolidadas nos tribunais, havendo entendimento dominante sobre o tema (vide súmula nº 568 do Superior Tribunal de Justiça). - Tal qual o pretérito 557 do CPC de 1973, a regra do artigo 932, IV e V, do Novo CPC reveste-se de plena constitucionalidade, ressaltando-se que alegações de descabimento da decisão monocrática ou nulidade perdem o objeto com a mera submissão do agravo ao crivo da Turma (mutatis mutandis, vide STJ-Corte Especial, REsp 1.049.974, Min. Luiz Fux, j. 2.6.10, DJ 3.8910). - E ainda: "(...) Na forma da jurisprudência do STJ, o posterior julgamento do recurso, pelo órgão colegiado, na via do Agravo Regimental ou interno, tem o condão de sanar qualquer eventual vício da decisão monocrática agravada ...". (STJ, AgInt no AREsp 1113992/MG, AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0142320-2, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES (1151), T2, Data do Julgamento 16/11/2017, Data da Publicação/Fonte DJe 24/11/2017). - Registre-se que não há qualquer prejuízo ao devido processo legal, inclusive porque permitida a parte a interposição de um recurso adicional - o presente agravo interno - se comparado a um acórdão proferido pela Turma. - Agravo interno desprovido. (TRF 3ª Região, Nona Turma, Ap. nº 2260199, Registro nº 00005409420164036102, Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Zacharias, DJ 23.05.2018 - grifei)*

Passo à análise do recurso interposto.

A Segunda Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Declaração no REsp 1.091.363-SC, de Relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), firmou o entendimento no sentido de que, nas ações em que se discute apólice pública, do Ramo 66, há afetação do FCVS, existe interesse jurídico da Caixa Econômica Federal a justificar seu pedido de intervenção, na forma do art. 50 do CPC e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal.

Delimitou-se, assim, a diferença entre contratos de mútuo cujo saldo devedor é garantido pelo FCVS e contratos não garantidos pelo FCVS, mas vinculados à apólice pública de seguro (SH/SFH - FESA - FCVS), nos seguintes termos:

Em 1988, a Apólice Pública passou a ser garantida pelo FCVS, com apoio no Decreto 2.476/88 e, depois, na Lei 7.682/88, a qual deu nova redação ao Decreto-lei 2.406/88, estabelecendo que o FCVS teria como uma de suas fontes de receita o superávit do Seguro Habitacional do SFH e, por outro lado, dispôs que referido Fundo garantiria os déficits do sistema.

A partir da edição da MP 1.671/98, passou a ser admitida a cobertura securitária no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação tanto pela Apólice Pública, quanto por apólices de mercado, desvinculadas dos recursos do FCVS.

Por fim, a MP 478, de 29.12.2009, proibiu, para novas operações de financiamento ou para operações já firmadas em apólice de mercado, a contratação de Apólices Públicas.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos EDcl nos EDcl no RESP 1.091.363-SC, consolidou o entendimento de que para que seja possível o ingresso da CEF no processo, deve ser comprovada não apenas a existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade de Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que se encontrar, sem anulação de nenhum ato processual anterior, *in verbis*:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. 3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes."

(EDcl nos EDcl no REsp 1091363/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, j. 10/10/2012, Dje 14/12/2012)

Conforme se infere do julgado supratranscrito, é necessário para a configuração do interesse da Caixa Econômica Federal que o contrato tenha sido celebrado entre **02.12.1988 e 29.12.2009**; que o instrumento esteja vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - **FCVS** (apólices públicas, ramo 66), bem como a demonstração cabal do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA.

No presente caso, o contrato de mútuo foi firmado pelas partes em 01 de abril de 1981 (fl. 18 dos autos originais), portanto, fora do período referenciado, o que afasta o interesse da Caixa Econômica Federal em integrar o feito e impõe o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal.

No mesmo sentido, já decidiu a 2ª Turma desta E. Corte:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. SEGURO HABITACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO PROVIDO. I - A matéria controvertida no presente agravo de instrumento foi objeto de análise pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia, pelo regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. O STJ até o presente momento vem considerando que o eventual interesse jurídico da CEF só é possível para os contratos firmados no período compreendido entre 02.12.1988 a 29.12.2009. Mesmo para o período apontado, se, por um lado, é certo que não haveria interesse jurídico da CEF nos casos em que se discute apólice privada (Ramo 68), por outro lado, a presença de apólice pública com cobertura do FCVS (Ramo 66), não seria critério suficiente para configurar o interesse jurídico da CEF para ingressar na lide como assistente simples. II - Para tanto seria necessário, ainda, que a CEF provasse o comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Simistralidade da Apólice - FESA. Tal entendimento se sustentaria na percepção de que a referida subconta (FESA), composta de capital privado, seria superavitária, o que tornaria remota a possibilidade de utilização de recursos do FCVS. Na mesma linha de raciocínio, a própria utilização dos recursos do FESA não seria a regra, uma vez que só seria possível após o esgotamento dos recursos derivados dos prêmios recebidos pelas seguradoras, os quais também seriam superavitários. III - Não obstante o referido entendimento, verifica-se que a hipótese de comprometimento de recursos do FCVS não é remota como se supunha à época da decisão do STJ. De toda sorte, alterando posicionamento anterior, adoto o entendimento segundo o qual a própria alegação de que a cobertura securitária dar-se-ia com recursos do FCVS, com o esgotamento da reserva técnica do FESA, deve ser dirimida pela Justiça Federal, por envolver questão de interesse da empresa pública federal. IV - **Há interesse jurídico da CEF para ingressar na lide como assistente simples nos processos que tenham como objeto contratos com cobertura do FCVS e apólice pública (Ramo 66) assinados no período compreendido entre 02.12.1988 a 29.12.2009, sendo a Justiça Federal a competente para julgar estes casos. Para os contratos com apólice privada (Ramo 68), sem a cobertura do FCVS, e mesmo para os contratos com cobertura do FCVS firmados antes de 02.12.1988, não há interesse jurídico da CEF, sendo a competência da Justiça Estadual, em razão de serem anteriores ao advento da Lei nº 7.682/88.** V - Segundo as informações constantes nos autos os contratos foram assinados entre 1993 e 2006 (fls. 50/102), muitos dos quais, por consequência, foram assinados em época na qual havia apenas a apólice pública, Ramo 66, com cobertura do FCVS, restando configurado o interesse jurídico da CEF e a competência da Justiça Federal. VI - Para que não restem dúvidas quanto à decisão relativa à competência no caso em tela, na esteira das Súmulas 115 e 224 do STJ, cite-se o Conflito de competência recentemente julgado pelo STJ na matéria em apreço STJ, CC nº 132.749-SP, 2014/0046680-5, (Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 25.08.14), bem como o julgamento dos terceiros embargos de declaração interpostos no REsp 1.091.393/SC. VII - Agravo de instrumento a que se dá provimento para reconhecer a competência da Justiça Federal. - grifo meu.*

(AI 00065904620154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os presentes autos.

COTRIM GUIMARÃES

Desembargador Federal

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021937-63.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MAXMIX COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: DANILO ANDRADE MAIA - RS13213

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal em face da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5015602-61.2017.4.03.6100 que deferiu o pedido liminar pleiteado determinar a suspensão da exigibilidade do valor referente ao do ICMS da base de cálculo da Contribuição Previdenciária prevista na Lei nº. 12.546/2011, devendo a autoridade se abster de inscrever a impetrante em dívida ativa e determinar a cobrança executiva fiscal dos valores questionados, bem como de inscrever o nome no CADIN ou outros órgãos de proteção ao crédito.

Em suas razões a recorrente defende, em síntese, que os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita a contribuição substitutiva prevista no artigo 22-A da Lei 8.212/91 devem integrar a base de cálculo de tal contribuição, já que compõe o custo do bem ou serviço, balizando a formação do preço e repercutindo, conseqüentemente, nas receitas auferidas pela empresa. Requeru, por fim, a concessão do efeito suspensivo e o total provimento do recurso.

Efeito suspensivo indeferido (ID 1419820).

Com contrarrazões (Id 1542816).

É o relatório. Decido.

Inicialmente, mantenho a decisão (id 1419820) que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, proferida pelo juízo que se declarou incompetente, nos termos do artigo 64, §4º, do CPC.

A controvérsia recursal está relacionada à inclusão, ou não, do tributo ICMS no conceito de "Receita Bruta", para fins de composição da base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva prevista no artigo 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011.

O E. Supremo Tribunal Federal, em 15/03/2017, por maioria, apreciando o tema 69 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". A questão, portanto, foi submetida ao microsistema processual de formação de precedente obrigatório, nos termos do artigo 927, III, do Código de Processo Civil, objeto de apreciação no julgamento do RE 574.706/PR.

Nos termos do artigo 985, I, c/c o artigo 1.040, III, ambos do Código de Processo Civil, definida a tese jurídica no julgamento de casos repetitivos ela deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos pendentes que versem sobre a matéria.

Conforme definiu o STF, o valor da referida exação, ainda que contabilmente escriturado, não deve ser inserido no conceito de faturamento ou receita bruta, já que apenas transita pela empresa arrecadadora, sendo, ao final, destinado aos cofres do ente tributante.

Considerando que a contribuição substitutiva prevista nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011, da mesma forma que as contribuições ao PIS/Pasep e à COFINS - na sistemática não cumulativa - previstas nas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, adotou o conceito amplo de receita bruta para fins de apuração da base de cálculo, o fundamento determinante do precedente deve ser aplicado para as contribuições previdenciárias substitutivas, por imperativo lógico.

Não merece prosperar a tese de que as hipóteses de exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição Substitutiva seriam apenas as dispostas expressamente em lei (art. 9, §7º, IV, da Lei nº 12.546/2011). Coaduna-se, nesse sentido, com o entendimento firmado no Voto-Vista do REsp 1.694.357 pela Ministra Regina Helena Costa:

(...)

Trata-se, portanto, de incentivo fiscal, indutor do desenvolvimento econômico e da criação de postos de trabalho, cuja disciplina normativa, na espécie, tem o escopo de desonerar a folha de pagamento, com vista a desestimular o aumento da taxa de desemprego.

A Fazenda Nacional, todavia, defende que a lei em questão exclui da base de cálculo o montante do ICMS apenas nas hipóteses nas quais o vendedor dos bens ou o prestador de serviços seja substituto tributário, de modo que o imposto estadual estaria embutido no preço final da mercadoria, sendo destacado para simples controle fiscal, a fim de se indicar o quantum a ser compensado, se for o caso, pelo comprador, em função da não-cumulatividade (fl. 474e).

Tal entendimento, em meu sentir, leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado, em especial porque ausente previsão legal específica. De fato, para o Fisco, a lei, ao prever a exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB apenas para o substituto tributário, estaria a autorizar, automaticamente, a sua inclusão em todas as demais hipóteses, em interpretação equivocada, com a devida vênia, que olvida a necessidade de norma expressa para a fixação da base de cálculo, em consonância com o art. 97, IV, do CTN.

(...)

A base de cálculo, inquestionavelmente, haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

(...)

A *ratio decidendi* empregada na repercussão geral (tema 69), portanto, é antagônica à formulação conceitual de receita bruta adotada pela União Federal, ainda que prevista para fins de base de cálculo da contribuição substitutiva, indicada pelo fisco como “Benefício Fiscal de Regime Facultativo/Optativo Favorecido”.

Acrescente-se que a Primeira e Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, vêm aplicando este entendimento (“os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, prevista na Lei nº 12.546/11”), inclusive em sede de retratação, em observância à axiologia das razões de decidir do repetitivo, conforme julgados abaixo:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA, PREVISTA NA LEI 12.546/2011. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL. (...) II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial interposto, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, prevista na Lei 12.546/2011, negou provimento ao Agravo interno do contribuinte. III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), porquanto o valor arrecadado, a título de ICMS, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018). **Mutatis mutandis, a mesma lógica deve ser aplicada para a contribuição previdenciária substitutiva, prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 12.546/2011, em razão da identidade do fato gerador (receita bruta). Com efeito, "os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS" (STJ, REsp 1.568.493/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/03/2018). Em igual sentido: STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017. IV. Nesse contexto, retornaram os autos - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 -, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral. V. Agravo interno provido, para, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. (AIRES 201600718356, ASSUSETE MAGALHÃES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:23/04/2018)**

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA - CPRB. LEI N. 12.546/11. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. RECEITA BRUTA NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI DO RE N. 574.706/PR, JULGADO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PRECEDENTE. (...) III - **Os valores relativos ao ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11, porquanto não se incorporam ao patrimônio do contribuinte, é dizer, não caracterizam receita bruta, em observância à axiologia das razões de decidir do RE n. 574.706/PR, julgado em repercussão geral pelo STF, no qual foi proclamada a inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.** Precedente. IV - Recurso especial desprovido. ..EMEN: (RESP 201502950967, REGINA HELENA COSTA - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:23/03/2018)

No mesmo sentido: STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018 e STJ, REsp 1.694.357/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/12/2017.

Anote-se, ainda, as recentes decisões monocráticas exaradas por Ministros do STF expandindo o posicionamento firmado no RE nº 574.706/PR para os casos envolvendo a inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB: RE n. 943.804/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 04.05.2017; RE n. 954.015/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 08.08.2016, bem como julgado deste Egrégio Tribunal: TRF3, AMS 00055945420154036109, Des. Federal SOUZA RIBEIRO, Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/08/2017.

Observada a identificação dos fatos relevantes e que os motivos jurídicos determinantes são aplicáveis ao caso concreto, impõe-se o dever de uniformização e coerência da jurisprudência, nos termos do artigo 926, do CPC.

Não há, portanto, distinção (“distinguishing”) qualificada entre o tema enfrentado nestes autos e o quanto decidido no REExt 574.706/PR para inversão da prioridade normativa estabelecida pelo sistema jurídico de precedentes (uniformização, coerência e estabilidade), devendo ser incluído em seus parâmetros de incidência.

Ademais, a determinação de suspensão (Tema/repetitivo 994 STJ) não impede a concessão de tutelas provisórias.

Desse modo, deve ser mantida a tutela provisória deferida na origem, para que as parcelas relativas ao ICMS não se incluem no conceito de receita bruta para fins de determinação da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta (CPRB), nos termos da Lei n 12.546/2011.

Ante o exposto, aplico as teses firmadas pelos tribunais superiores para **negar provimento** ao agravo de instrumento, com fundamento nos artigos 932, inciso IV do CPC, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, archive-se.

COTRIM GUIMARÃES

Desembargador Federal

São Paulo, 06 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007070-31.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: ALVES DE SOUZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE RAYES MANHAES - SP126627
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, de maior plausibilidade se me deparando a decisão recorrida entendendo pela ocorrência de fraude à execução na consideração de conhecimento dos ônus que pendiam sobre o bem, à falta do requisito da probabilidade de provimento do recurso, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014877-39.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: EMPRESA JORNALÍSTICA DIÁRIO DE SANTA BÁRBARA

Advogados do(a) AGRAVANTE: MAYANA CRISTINA CARDOSO CHELES - SP308662, MARCO ANTONIO PIZZOLATO - SP68647

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Nada a meu juízo constituindo matéria que em análise própria desta fase processual pudesse ser acolhido, cuidando-se de execução baseada em dívida regularmente inscrita que goza da presunção de liquidez e certeza, pletera de argumentos quaisquer ora não se sobrepondo a esta constatação e também maior plausibilidade entrevendo na motivação da decisão recorrida ao aduzir que *"Em relação a validade das certidões da dívida ativa com chancela mecânica ou eletrônica, a Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80) não faz exigência alguma em sentido contrário", "A princípio, as certidões da dívida ativa gozam de fé pública. Portanto, somente eventual perícia, em embargos do devedor, poderá comprovar eventual inexatidão daquelas"* e que *"as certidões da dívida ativa contêm todos os requisitos legais, notadamente os fundamentos legais da obrigação tributária"*, por fim que *"o fato de serem lançadas em final de semana, não desnaturam sua credibilidade, na medida em que produzidas por sistema eletrônico"*, à falta do requisito de probabilidade de provimento do recurso, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior

Desembargador Federal

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024203-86.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

AGRAVANTE: SERGIO PRANCVITCH, WALKIRIA PALMIERI

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA - MS7602-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA - MS7602-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDACAO NACIONAL DO INDIO

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, de maior plausibilidade se me deparando a motivação da decisão agravada concluindo pelo não preenchimento dos requisitos legais para a concessão da *"tutela de urgência"* aos fundamentos de que não se patenteia *"até o momento, ilegalidade no procedimento administrativo, vez que está sendo (observado) o rito previsto no Decreto 1.775/1996, cuja legalidade já foi reiteradas vezes reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal"*, que *"o abandono da posse da área identificada e delimitada 'foi compulsório e por meio violento', o que não descaracteriza a tradicionalidade e permanência da ocupação"* e que *"não há (...) risco imediato de perecimento de direito"*, à falta do requisito da probabilidade de provimento do recurso, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior
Desembargador Federal

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023919-78.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: BARRICHELLO AGROPASTORIL E PECUARIA LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: FLAVIO LUIZ TRENTIN LONGUINI - SP196463
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Neste juízo sumário de cognição, de maior plausibilidade se me deparando a motivação da decisão recorrida ao concluir pelo descabimento da exceção de pré-executividade ao fundamento de que "*para verificação dos requisitos da cisão ocorrida, conforme pretende a excipiente comprovar (...), necessita de dilação probatória*" e pela não ocorrência da prescrição intercorrente porquanto configurada causa de interrupção, não obrigo o preenchimento do requisito de probabilidade de provimento do recurso, também não comprovando a parte agravante a possibilidade de dano concreto, anotando-se que a expropriação de bens e o bloqueio de valores é inerente à execução, não se verificando, portanto, também a presença do correspondente requisito imprescindível à concessão da medida prevista no art. 995 do CPC, pelo que indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II, do CPC/2015.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior
Desembargador Federal Relator

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024785-86.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: EXTERRAN SERVICOS DE OLEO E GAS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - RS40881-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Neste juízo sumário de cognição, considerando que a questão que verdadeiramente se põe é do prazo legalmente previsto para a prolação de decisão administrativa em procedimento fiscal, em relação à qual o Juízo "a quo" verificando a inobservância do prazo de 360 dias previsto no artigo 24 da Lei 11.457/07 deferiu a liminar, determinando que "*a autoridade impetrada analise livremente e conclua motivadamente os pedidos de restituição enumerados*", verificando-se que a situação é precisamente de ausência de decisão administrativa e "*na hipótese de a Autoridade Coatora proceder à compensação de ofício*" cabendo à ora agravante valer-se das vias adequadas, à falta do requisito da probabilidade de provimento do recurso, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada, nos termos do art. 1019, II do CPC.

Publique-se. Intime-se.

Peixoto Junior
Desembargador Federal

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031618-23.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

AGRAVANTE: ELIANO ANTUNES DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRO JOSE DE MORAES - SP245076

AGRAVADO: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO

Advogado do(a) AGRAVADO: RENATA DE MORAES VICENTE CAMARGO - SP166924

DESPACHO

Diante da certidão retro, noticiando a ausência de recolhimento das custas processuais, providencie o recorrente, no prazo de 05 (cinco) dias, o recolhimento em dobro das custas, conforme determina o art. 1.007, § 4º, do CPC de 2015, sob pena de deserção.

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002113-02.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MIRASSOL, COMERCIAL, INDUSTRIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL TEMPORIN BUENO - SP325925-A, THIAGO ZIONI GOMES - SP213484-A

DESPACHO

Nos termos da Resolução nº 88/2017, da Presidência deste Tribunal Regional Federal, é responsabilidade do peticionário a juntada ordenada de peças e documentos essenciais ao exercício do direito de ação (art. 5º-B, inciso V).

Destarte, intime-se a parte apelada para que realize a juntada dos documentos que compõem os autos em posição de retrato, bem como para que realize a inserção dos documentos em ordem numérica de páginas, a fim de que se propicie a melhor sua análise e melhor andamento do serviço.

Concedo o prazo de 10 (dez) dias, sob pena sobrestamento do feito até o devido cumprimento do quanto determinado, na forma do artigo 6º, da Resolução nº 142/17, desta E. Corte Regional.

Após, o decurso do prazo de 01 (um) ano, intime-se novamente a parte para que proceda com a regularização determinada e, em caso de manter-se inerte, voltem conclusos.

Caso regularizado o feito e, em observância ao princípio da primazia da resolução do mérito, estampado no Código de Processo Civil vigente e, nos termos do artigo 932, parágrafo único deste diploma, intime-se a autora para que junte aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos em debate nos presentes autos (PIS e COFINS) ou, caso assim não entenda, para que se manifeste acerca da impossibilidade do reconhecimento do direito à compensação, em razão da ausência de comprovação da condição de credor, nos termos do artigo 10, da Lei Adjetiva Civil, no prazo de 05 (cinco) dias.

Decorrido o prazo *in albis*, retornem conclusos.

Com a juntada de manifestação ou documentos pela impetrante, abra-se novamente vista à União pelo prazo de 10 (dez) dias e, após, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002561-27.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESM COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI

Advogados do(a) APELADO: DAVID AZULAY - RJ176637-A, SAMUEL AZULAY - RJ186324-A

DESPACHO

Intime-se a embargada para que se manifeste, nos termos do artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

Após, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000071-06.2017.4.03.6141

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BEQUISA INDUSTRIA QUIMICA DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA DE REZENDE LOUREIRO - SP238507-A, PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A, MARINA VIEIRA DE FIGUEIREDO - SP257056-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BEQUISA INDUSTRIA QUIMICA DO BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARINA VIEIRA DE FIGUEIREDO - SP257056-A, PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARIANA DE REZENDE LOUREIRO - SP238507-A

DESPACHO

Em observância ao princípio da primazia da resolução do mérito, estampado no Código de Processo Civil vigente e, nos termos do artigo 932, parágrafo único deste diploma, intime-se a autora para que junte aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos em debate nos presentes autos (PIS e COFINS) ou, caso assim não entenda, para que se manifeste acerca da impossibilidade do reconhecimento do direito à compensação, em razão da ausência de comprovação da condição de credor, nos termos do artigo 10, da Lei Adjetiva Civil, no prazo de 05 (cinco) dias.

Decorrido o prazo *in albis*, retornem conclusos.

Com a juntada de manifestação ou documentos pela impetrante, abra-se novamente vista à União pelo prazo de 10 (dez) dias e, após, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031059-66.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO DA SILVA

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDMILSON BRAULIO DE MELO JUNIOR - SP268036, LEA RODRIGUES DIAS SILVA - SP340746-A

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

DESPACHO

Intime-se o agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias e sob pena de inadmissão do recurso, promova o recolhimento em dobro do valor do preparo, nos termos do artigo 932, inciso III e parágrafo único, combinado com o artigo 1.007, *caput* e § 4º, do Código de Processo Civil.

Cumpra-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031108-10.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: RESGATE SP PRODUTOS PARA RESGATE, APH E EPI LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: EDMILSON APARECIDO BRAGHINI - SP224880-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Intime-se a agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias e sob pena de inadmissão do recurso, traga cópia retirada dos autos de origem: 1) de todas as manifestações que ensejaram a decisão agravada (exceção de pré-executividade, eventual resposta da exequente, embargos de declaração opostos pelas partes); 2) da decisão agravada, inclusive da posteriormente proferida em embargos de declaração; e 3) da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade.

Cumpra-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018714-68.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: FUNDAÇÃO PINHALENSE DE ENSINO
Advogado do(a) AGRAVADO: FABIO ESTEVES PEDRAZA - SP124520

DESPACHO

Considerando a juntada da petição inicial (Id 10208403 e Id 10208405), intime-se a parte agravada para que se manifeste.

Cumpra-se.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5002733-14.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL JJP DE MODAS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A

DESPACHO

Em observância ao princípio da primazia da resolução do mérito, estampado no Código de Processo Civil vigente e, nos termos do artigo 932, parágrafo único deste diploma, intime-se a autora para que junte aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos em debate nos presentes autos (PIS e COFINS) ou, caso assim não entenda, para que se manifeste acerca da impossibilidade do reconhecimento do direito à compensação, em razão da ausência de comprovação da condição de credor, nos termos do artigo 10, da Lei Adjetiva Civil, no prazo de 05 (cinco) dias.

Decorrido o prazo *in albis*, retornem conclusos.

Com a juntada de manifestação ou documentos pela impetrante, abra-se novamente vista à União pelo prazo de 10 (dez) dias e, após, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000384-63.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: IRMAOS BELLOTTO & CIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A, JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A, MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, IRMAOS BELLOTTO & CIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A

DESPACHO

Intime-se a impetrante, ora apelante, para complementar o valor do preparo do recurso de apelação, no prazo de 05 (cinco) dias, haja vista a sua insuficiência, nos termos do artigo 1.007, § 2º, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001974-51.2017.4.03.6113

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRASILQUIMICA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCIO VALFREDO BESSA - SP237864-A, FABRICIO FOSCOLO AMARAL - SP271383-A

DESPACHO

Em observância ao princípio da primazia da resolução do mérito, estampado no Código de Processo Civil vigente e, nos termos do artigo 932, parágrafo único deste diploma, intime-se a autora para que junte aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos em debate nos presentes autos (PIS e COFINS) ou, caso assim não entenda, para que se manifeste acerca da impossibilidade do reconhecimento do direito à compensação, em razão da ausência de comprovação da condição de credor, nos termos do artigo 10, da Lei Adjetiva Civil, no prazo de 05 (cinco) dias.

Decorrido o prazo *in albis*, retornem conclusos.

Com a juntada de manifestação ou documentos pela impetrante, abra-se novamente vista à União pelo prazo de 10 (dez) dias e, após, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5030710-63.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

RECORRENTE: SANVAL COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Advogados do(a) RECORRENTE: WALKER TONELLO JUNIOR - MG64738, SALVIO MIRANDA GONCALVES JUNIOR - MG136642

RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação formulado por **Sanval Comércio e Indústria Ltda.**, com intuito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em debate no mandado de segurança nº 5016298-63.2018.4.03.6100 até o julgamento final do recurso de apelação interposto pela ora requerente.

Alega-se que o mandado de segurança originário refere-se ao artigo 74, § 3º, inciso IX, da Lei nº 9.430/96, incluído pela Lei nº 13.670/18, que impossibilita a compensação com os créditos tributários oriundos da apuração do IRPJ e da CSLL, obtidos através do lucro real mensal por estimativa.

Aduz-se a inconstitucionalidade de tal normatização, pois afronta o princípio da proteção à confiança, reconhecido pelo direito pátrio, haja vista que a escolha pelo contribuinte da forma de tributação não pode ser alterada até o fim do exercício e, desta forma, fere toda a estrutura financeira planejada.

Afirma-se que não fora respeitada a anterioridade para a revogação de benefício fiscal, que acarretará em um aumento indireto na tributação.

Delimita-se que caso não seja atribuído o efeito suspensivo, poderá sofrer com o fluxo de caixa, acarretando em dificuldades para realizar o custeamento ordinário para o funcionamento da sociedade empresária.

É o sucinto relatório. Decido.

A pretensão não merece prosperar.

Dispõe o artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

”Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

[...]

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.”

Em análise da primeira parte do dispositivo acima em comento, verifica-se que a probabilidade do direito invocado não acompanha o requerente, isto porque, conforme a jurisprudência sedimentada desta E. Corte Regional, a impossibilidade de compensação em face de débitos decorrentes do IRPJ e da CSLL, quando optantes pela sistemática do artigo 2º, da Lei nº 9.430/96 é plenamente possível, não se encontrando mácula que enseje o seu afastamento do mundo jurídico.

Neste sentido, trago os seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS DE ANTECIPAÇÃO MENSAL DE IRPJ E CSLL. VEDAÇÃO TRAZIDA PELA MP 449/2008. APLICABILIDADE.

1.A Medida Provisória nº 449/08 introduziu modificação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96 vedando a compensação pleiteada pelas impetrantes, optantes pelo regime de apuração dos valores de IRPJ e CSLL, previsto no art. 35 da Lei nº 8.981/95.

2.As impetrantes defendem a tese de que as regras aplicáveis à compensação seriam aquelas válidas e vigentes no momento da apuração do crédito. No entanto, da leitura dos dispositivos acima transcritos, especialmente o § 2º do artigo 74, infere-se que para se declarar a compensação dos débitos próprios relativos a tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, é necessária a apresentação da DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO, sendo este o instante em que o contribuinte declara a compensação e extingue o crédito, sob condição resolutória e sendo este o momento em que devem ser observadas as normas e regras aplicáveis.

3.Apelação e Remessa Oficial, tida por ocorrida, providas.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 321964 - 0007797-26.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 05/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016)

“APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR INICIATIVA DO CONTRIBUINTE DE DÉBITOS DE IRPJ APURADOS SOB O REGIME DE LUCRO REAL E BASE DE CÁLCULO ESTIMADA, AO TEMPO EM QUE O CONTRIBUINTE/IMPETRANTE PRETENDEU REALIZAR ESSA OPERAÇÃO. SEGURANÇA CORRETAMENTE DENEGADA.

1. Com a edição da MP 449/08 ficou vedado ao contribuinte submetido ao regime de lucro real por base de cálculo estimada, compensar eventuais créditos tributários com débitos provenientes desse regime, regra consubstanciada na inclusão do inciso IX ao rol de exceções previsto no § 3º do art. 74 da Lei 9.430/96. Quando da conversão da MP na Lei 11.941/09, foi suprimida a inclusão, vigendo, portanto, entre 03.12.2008 a 27.05.09.

2. Em atenção à DIPJ 2008 acostada aos autos pela impetrante (fls. 36/39), constata-se que a impetrante optou pela apuração mensal do imposto de renda, sob lucro real e base de cálculo estimada. Ao apurar crédito de IPI referente ao mesmo ano, tentou transmitir DCOMP em 22/01/09 (fls. 132), procurando compensar seu crédito com o saldo devedor alcançado no ajuste do imposto de renda referente ao exercício de 2008. Como à época a vedação introduzida pela MP 449/08 encontrava-se em vigência, o ato administrativo que obsteu a transmissão da DCOMP (fls. 136/137) não configura qualquer ilegalidade, não merecendo reparo em sede jurisdicional.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 347358 - 0002692-68.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2016)

“TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. LUCRO REAL. REGIME ANUAL, COM PAGAMENTO MENSAL CALCULADO SOBRE BASES DE CÁLCULO ESTIMADAS. COMPENSAÇÃO DECORRENTE DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS. RESTRIÇÃO ESTABELECIDADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449/2008 QUE, NO PONTO, NÃO FOI CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. PERDA DE EFICÁCIA DA NORMA. AUSÊNCIA DE DECRETO LEGISLATIVO REGULAMENTADOR. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS (ARTIGO 62, §§ 3º E 11 DA CF/88). APLICAÇÃO DA RESTRIÇÃO ÀS AÇÕES PROPOSTAS QUANDO VIGENTE A NORMA PROIBITIVA.

1. O artigo 2º da Lei nº 9.430/96, na redação vigente à época dos fatos, autorizava que o pagamento do IRPJ e da CSLL, para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, fosse feito em regime anual, mas com pagamento mensal, calculado sobre uma base de cálculo estimada, autorizando-se que os pagamentos mês a mês fossem abatidos dos tributos apurados ao final de cada ano calendário. Por expressa remissão desse mesmo artigo 2º, manteve-se a possibilidade de que tais pagamentos antecipados mensais fossem ajustados pelos balancetes mensais, o que estava previsto no artigo 35 da Lei nº 8.981/95.

2. O artigo 74 da Lei nº 9.430/96 não fazia nenhuma referência explícita ao caso em exame, de tal sorte que se permitia que eventuais créditos do contribuinte decorrentes do pagamento antecipado de valores maiores do que os devidos seriam perfeitamente compensáveis.

3. Com o advento da Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, foi incluída uma proibição de compensação, mediante a inserção de um inciso IX ao § 3º do citado artigo 74, aplicável aos "débitos relativos ao pagamento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL apurados na forma do art. 2º".

4. A Medida Provisória nº 449/2008 teve sua vigência prorrogada, a partir de 15 de março de 2009, conforme Ato n. 03/2009 do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, sendo ao final convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que, todavia, não reproduziu a regra proibitiva contida na Medida Provisória.

5. Se a Lei de conversão não repetiu a regra da Medida Provisória, é evidente que esta, no particular, perdeu a eficácia desde a sua edição, conforme prescreve o artigo 62, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Em consequência, daí emergiria o dever de o Congresso Nacional editar um decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória. Não tendo se desincumbido deste dever no prazo de sessenta dias, "as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidas" (§ 11 do mesmo artigo 62).

6. Portanto, os atos praticados com base na Medida Provisória nº 449/2008, durante o respectivo prazo de vigência, são considerados plenamente válidos, mesmo que a norma em questão não tenha sido convertida em Lei.

7. Consoante orientação jurisprudencial iterativa, a lei aplicável à compensação é a lei vigente na data da propositura da ação. Neste caso, proposta a ação em 27.4.2009, a restrição imposta pela Medida Provisória nº 449/2008 é inteiramente aplicável. Precedente desta Sexta Turma.

8. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 324745 - 0009936-48.2009.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO RENATO BARTH, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2016)

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS DE ANTECIPAÇÃO MENSAL DE IRPJ E CSLL : IMPOSSIBILIDADE - PRESENTE VEDAÇÃO A DITO INTENTO, À ÉPOCA DA APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO / IMPETRAÇÃO DO PRESENTE "MANDAMUS" (INCISO IX DO § 3º DO ART. 74, DA LEI N. 9.430/96) - AUSENTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO PROCESSAMENTO DE DECLARAÇÃO - PROVIMENTO À APELAÇÃO PÚBLICA E À REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTEPOSTA - SEGURANÇA DENEGADA

1. No âmbito da execução por quantia certa em face de devedor solvente, insta recordar-se traduz-se a execução fiscal em modalidade especial daquela, regida por regras especiais, positivadas por meio da Lei 6.830/80 (LEF), cuja insuficiência - e evidentemente somente quando assim, aliando-se a isso a compatibilidade entre os ordenamentos - então admite a subsidiariedade integradora do CPC, consoante o art. 1º, daquela.
2. Reflete a compensação cabal encontro de contas, no qual a posição de credor e de devedor, em relações materiais diversas, é alternada entre as partes, oposta e reciprocamente.
3. Oportuno recordar-se põe-se a compensação tributária a depender, consoante os artigos 170 e 170-A, CTN, da simultânea presença de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito particular envolvido, além de reger-se por estrita legalidade tributária a respeito.
4. Quando admitido pelo ordenamento (como exemplificativamente se dá nas execuções comuns por quantia certa, regidas pelo CPC, no inciso VI, de seu art. 741), põe-se a depender dito evento ou instituto do atendimento a todos aqueles requisitos, basilares que são.
5. No particular em estudo, brada o polo impetrante / contribuinte contra a vedação contida no inciso IX do § 3º do art. 74, da Lei n. 9.430/96, redação conferida pela MP n. 449/2008, vigente à época da apresentação, pelo contribuinte, da Declaração de Compensação em prisma, deste teor : (...) IX - os débitos relativos ao pagamento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL apurados na forma do art. 2º (Vide Medida Provisória nº 449, de 2008)
6. O citado artigo 2º, por seu turno, facultava ao contribuinte recolher antecipadamente o IRPJ, com base no lucro real apurado por estimativa : Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.
7. O destacado preceito, art. 35 da Lei n. 8.981/1995, estatui que : Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso. (...)
8. À luz dos dispositivos legais citados, não resta dúvida de que a compensação intentada pelo polo impetrante encontrava óbice no sistema então vigente.
9. Punha-se expressamente vedada a compensação de débitos relativos ao pagamento mensal por estimativa do IRPJ e da CSLL apurados na forma do art. 2º, preceito este, por sua vez, que remete à forma de pagamento do imposto observada pelo contribuinte em cena, através de balanços ou balancetes de suspensão ou redução, conforme previsão contida no art. 35 da Lei n. 8.981/1995.
10. Eivada de irregularidade, portanto, a compensação intentada pelo contribuinte, na qual utilizados débitos referentes ao pagamento mensal por estimativa de IRPJ e CSLL, em direta afronta à regra vigente à época da apresentação da Declaração de Compensação (fls. 153/157).
11. Nitidamente enquadrado o polo impetrante na norma proibitiva em cume, indiscutivelmente vigente à época da compensação realizada, traduzindo efetivo contorcionismo jurídico, vênias todas, a tentativa de esquivar-se daquela normação.
12. Inexistente, portanto, "direito líquido e certo" do polo contribuinte ao processamento da Declaração em cume, haja vista que tanto na data de sua apresentação (31/03/2009, fls. 04 e 93) quanto na data da impetração do presente mandamus (23/04/2009, fls. 02) vigia o inciso IX do § 3º do art. 74, da Lei n. 9.430/96, que expressamente a vedar a compensação, na forma em que realizada. (Precedente)
13. Nos termos dos autos e do quanto neles debatido, ausente desejado laivo de ilicitude ao regramento vertido ao caso em tela, assim não se subsumindo o conceito do fato ao da garantia colimada.
14. Em tudo e por tudo, imperativo se revela o provimento à apelação pública e à remessa oficial, tida por interposta, denegada a segurança, por conseguinte suportando o polo privado o pagamento das custas processuais remanescentes, fls. 137, ausentes honorários, ante a via eleita.
15. Provimento à apelação pública e à remessa oficial, tida por interposta.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 323374 - 0003780-17.2009.4.03.6109, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 22/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/01/2015)

Rememore-se que a redação dada pela Medida Provisória nº 449/08 produz os mesmos efeitos que aquela produzida pela Lei nº 13.670/18 ao artigo 74, § 3º, inciso IX, da Lei nº 9.430/96, razão pela qual o entendimento exarado pela jurisprudência desta Corte deve ser mantida.

Destarte, pela primeira hipótese disposta no artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil (probabilidade de provimento do recurso), a pretensão de efeito suspensivo ao recurso de apelação não merece prosperar.

Assim, demonstra-se necessária a análise da segunda parte do dispositivo acima transcrito, qual seja, a fundamentação relevante, aliada ao risco de dano grave e de difícil reparação.

Nesta toada, a fundamentação, embora fincada em supedâneo doutrinário relevante, no que se refere à proteção à confiança, bem como em relação ao respeito à anterioridade, não é suficiente hábil a abalar, pelo menos em análise perfunctória, as restrições à compensação formuladas através do competente processo legislativo.

Ademais, conforme o entendimento desta E. Terceira Turma, o art. 170 do Código Tributário Nacional estabelece que *“A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública”*.

Extrai-se da mencionada regra que a compensação não é um direito inafastável, inquestionável ou irrestrito do contribuinte. Aliás, é entendimento pacífico no sentido de que não existe direito adquirido a regime jurídico (STF, AG no Re 706.240/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24.6.2014).

Assim, do fato de ser irretroatável a opção do contribuinte pelo regime de tributação adotado no início do ano-calendário não decorre, a toda evidência, que alguma alteração normativa ocorrida no período seja, de pronto, reputada inconstitucional, notadamente quando se tem que as regras, bem assim o direito à compensação, são regidos pela legislação então vigente.

De outra parte, o advento da alteração promovida pela Lei n.º 13.670/2018 não importou a majoração ou a criação de tributos, na medida em que apenas trouxe uma nova disciplina de como se dará o pagamento decorrente das antecipações mensais.

Importante pontuar ainda que a compensação é regida pela legislação vigente no momento do encontro de contas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTÔNOMOS. ADMINISTRADORES E EMPREGADOS AVULSOS. COMPENSAÇÃO. LEI N. 9.129/95. Se o crédito se constituiu após o advento do referido texto normativo, é fora de dúvida que a sua extinção, mediante compensação, ou por outro qualquer meio, há de processar-se pelo regime nele estabelecido e não pelo da lei anterior, uma vez que aplicável, no caso, o princípio segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 511024 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 05-08-2005 PP-00044 EMENT VOL-02199-21 PP-04199)”

De fato, a *“lei que rege a compensação tributária é aquela vigente no momento do encontro de contas (REsp 1.164.452/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 2/9/2010, repetitivo)”* (REsp 1650650/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017).

A respeito da legislação ora em comento, confirmam-se os seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. IRPJ. CSLL. APURAÇÃO MENSAL. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Ausente a necessária urgência para conceder a medida liminar, em razão da celeridade de tramitação do mandado de segurança. 2. Inexistente, também, a relevância de fundamento, já que a alteração realizada pela Lei 13.670/18, ao acrescentar o inciso IX ao § 3º do art. 74 da Lei 9.430/9, não viola o princípio da segurança jurídica ou da anterioridade tributária. Não se trata de instituição ou majoração de tributos, e sim modalidade de extinção de crédito. 3. A Corte Superior, no julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.164.452/MG, firmou entendimento no sentido de que "a lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte." Ou seja, inexistente, para o contribuinte, direito subjetivo à compensação de créditos decorrentes de saldo negativo de IRPJ e CSLL com os débitos vincendos de IRPJ e da CSLL.”

(TRF-4 - AG: 50284326220184040000 5028432-62.2018.4.04.0000, Relator: ROGER RAUPP RIOS, Data de Julgamento: 10/10/2018, PRIMEIRA TURMA)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. APURAÇÃO MENSAL. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. 1. A agravante, optante pelo regime de tributação do lucro real, pretende afastar restrição ao exercício do direito de compensação de saldo negativo de IRPJ e CSLL imposta pela Lei nº 13.670/2018, que alterou o artigo 74 da Lei nº 9.430/96. 2. Inexiste o direito subjetivo de compensação. Outrossim, com a alteração legislativa, vedando-a, tem-se que restou devidamente observado o noticiamento prévio (anterioridade) acerca da respectiva impossibilidade, não possuindo a alteração legislativa efeitos retroativos, sequer sendo possível falar-se, portanto, em surpresa para o contribuinte, considerando-se que não houve criação ou majoração de tributos. 3. Agravo de instrumento provido.” (TRF4, AG 5026620-82.2018.4.04.0000, SEGUNDA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 12/09/2018)

Tem-se daí que não se vislumbram as máculas aventadas pela recorrente, subtraindo-se, à primeira vista, a probabilidade do direito invocado.

Quanto ao segundo requisito, a requerente afirma que, sem a antecipação da tutela recursal, estará sujeita a sofrer dano grave e de difícil reparação, consistente nas dificuldades quanto ao fluxo de caixa, com o comprometimento da manutenção em relação ao funcionamento da empresa.

Primeiramente, trata-se de alegação meramente genérica de eventual dano, sendo certo que não fora demonstrado nenhum evento concreto de que o indeferimento da compensação pudesse acarretar naquele.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, mantendo-se, portanto, a impossibilidade da compensação, com a consequente exigibilidade dos créditos tributários aqui discutidos.

Decorridos os prazos processuais, sem a interposição de recursos, apense-se este expediente ao aludido feito, certificando-se o cumprimento.

Intimem-se.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5004251-91.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: IRAPUAN FALCAO DE ALBUQUERQUE, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ADLER SCISCI DE CAMARGO - SP292949-A, JAILSON SOARES - SP325613-A

DESPACHO

Intime-se o autor, ora apelante, para que se manifeste acerca do reconhecimento da ocorrência do evento tributável, em razão do parcelamento celebrado entre as partes (ID nº 3812636 a 3812654), formulado posteriormente à anulação do negócio jurídico de compra e venda do bem sobre o qual ocorreria o ganho de capital, no prazo de 5 (cinco) dias.

Com a manifestação, vista à União para apresentar resposta em igual prazo.

Após a manifestação da União ou quedando-se o autor inerte, voltem conclusos.

São Paulo, 16 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016721-87.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

AGRAVANTE: SONIA BARBARA REZE

Advogado do(a) AGRAVANTE: VICENTE CALVOS RAMIRES JUNIOR - SP249400

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

DECISÃO

Insurge-se a agravante contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta e determinou a transferência dos valores bloqueados por meio do sistema BACENJUD para conta à disposição do Juízo.

Aduz a ocorrência de prescrição para o redirecionamento do feito em face dos sócios, na medida em que decorridos mais de 5 (cinco) anos entre a tentativa de citação da devedora originária e a citação da pessoa física da agravante.

Alega, ainda, ser indevido o redirecionamento da execução fiscal, tendo em vista jamais haver exercido funções de administração da sociedade empresária e, dessarte, não ter praticado qualquer ato com abuso de poder ou desvio de finalidade.

Sustenta, finalmente, ser necessária a imediata liberação de seus ativos financeiros, objeto de bloqueio por meio do sistema BACENJUD.

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

Intimado, o agravado não apresentou resposta.

DECIDO.

Sobre o redirecionamento da execução fiscal de dívida não-tributária, já se manifestou o C. STJ pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema 630):

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de amicus curiae. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. Precedentes: REsp. n. 697108 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 28/06/2012; REsp.n.º 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG nº 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.º 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1371128/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014)

Para a inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal ajuizada em face da sociedade empresária, deverá a exequente demonstrar o inadimplemento da obrigação não-tributária, a ausência de bens da sociedade empresária, bem como a qualidade de diretor, gerente ou administrador dos sócios no momento da dissolução irregular da pessoa jurídica executada.

A constatação da inatividade da empresa, mediante a certidão do oficial de justiça, é hábil a configurar a presunção de dissolução irregular, evento identificado à fl. 12 dos autos de origem (ID 3567347).

Na hipótese verifico que a sócia Sônia Bárbara Reze integra o quadro social da empresa, somente "na situação de sócia", sem a indicação da prática de atos de gestão, circunstância que afasta a responsabilidade pelas dívidas da sociedade empresária executada.

Dessarte, de rigor a exclusão da agravante do polo passivo da demanda, com a consequente liberação dos valores constritos por meio do sistema BACENJUD.

Prejudicada a análise da questão referente à ocorrência da prescrição para o redirecionamento do feito.

Ante o exposto, defiro a medida postulada.

Comunique-se o Juízo de origem, com urgência.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031529-97.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: LUCAS MENEZES DE SOUZA

AGRAVADO: SMURFIT KAPPA PARTICIPACOES DO BRASIL LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: LUIZA GODINHO LEAL - SP406387, ANA LUIZA OLIVEIRA LIMA DE CASTRO - SP390471, RAFAEL FERNANDES - SP374214, FERNANDA BALIEIRO FIGUEIREDO - SP330249-A, RODRIGO BERTI FRANCISCON - SP311666, ADRIANO MILANESI SUTTO - SP315498, PEDRO NOGUEIRA REBOUCAS - SP375774, KALED NASSIR HALAT - SP368641-A, LEONARDO GUIMARAES PEREGO - SP344797, RODRIGO XAVIER ORTIZ DA SILVA - SP255658, BRUNO HABIB NEGREIROS BARBOSA - SP311385, VICTOR HUGO MACEDO DO NASCIMENTO - SP329289-A, ARI JOSE JOB JUNIOR - RS81564, RAPHAEL ROBERTO PERES CAROPRESO - SP302934-A, FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A, FABIANA HELENA LOPES DE MACEDO TADIELLO - SP199735-A, MARCELO REINECKEN DE ARAUJO - DF14874, MARCO ANTONIO MOREIRA MONTEIRO - SP210388, IAN DE PORTO ALEGRE MUNIZ - RJ33973, ABEL SIMAO AMARO - SP60929-A

DESPACHO

Vistos.

Deixo, por ora, de apreciar o pedido de efeito suspensivo/antecipação de tutela recursal.

Intime-se a parte agravada para contraminuta sobre todo o alegado e documentado, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

Após, abra-se vista ao MPF.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001059-18.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: CARBON BLINDADOS LTDA., UNICOM AUTOMACAO LTDA, UNICOM SOLUCOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR FERNANDO SALVIA - SP62385-A

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR FERNANDO SALVIA - SP62385-A

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR FERNANDO SALVIA - SP62385-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CARBON BLINDADOS LTDA., UNICOM AUTOMACAO LTDA, UNICOM SOLUCOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: SALVADOR FERNANDO SALVIA - SP62385-A

Advogado do(a) APELADO: SALVADOR FERNANDO SALVIA - SP62385-A

Advogado do(a) APELADO: SALVADOR FERNANDO SALVIA - SP62385-A

DESPACHO

Vistos,

Tendo em vista a interposição de apelação pela União Federal (Id n.º 7909391), intime-se a parte apelada para, querendo, apresentar contrarrazões, no prazo legal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031833-96.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

DESPACHO

Vistos.

Deixo, por ora, de apreciar o pedido de efeito suspensivo/antecipação de tutela recursal.

Intime-se a parte agravada para contraminuta sobre todo o alegado e documentado, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031795-84.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MARIO MANTONI METALURGICA LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO AMARAL BOTURAO - SP120912

DESPACHO

Para a análise das questões apresentadas necessária a oitiva da parte contrária.

Intime-se a parte agravada, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil, oportunidade em que deverá se manifestar, detalhadamente, sobre as alegações expostas pela agravante.

Após, analisarei os pedidos formulados.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014173-89.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: NATALIA CARVALHO DE ARAUJO
Advogado do(a) AGRAVANTE: NATALIA CARVALHO DE ARAUJO - RJ104213
AGRAVADO: ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto pela União (Fazenda Nacional) contra decisão monocrática (ID 7121760) que não conheceu do agravo de instrumento contra decisão que determinou à recorrente a digitalização e inserção dos autos no sistema PJe (Processo Judicial Eletrônico), nos termos da Resolução PRES n. 142, de 20/07/2017.

De acordo com a certidão sob ID 7174211, acompanhada da informação sob ID 7174220, a parte agravada já realizou a virtualização integral do processo, tendo o Juízo *a quo* determinado a comunicação do ato a este Tribunal.

Dessa forma, por ter havido o cumprimento do objeto da decisão agravada pela parte contrária, verifica-se que o presente recurso ficou prejudicado.

Ante o exposto, **não conheço** do agravo interno, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5004379-14.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: IZALCO SARDENBERG NETO

Advogados do(a) APELANTE: EDUARDO MONTENEGRO DOTTA - SP155456, ANDRE FELIZATE PEREIRA - SP359160, DANILO LACERDA DE SOUZA FERREIRA - SP272633

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO (198) Nº 5004379-14.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: IZALCO SARDENBERG NETO

Advogados do(a) APELANTE: EDUARDO MONTENEGRO DOTTA - SP155456, ANDRE FELIZATE PEREIRA - SP359160, DANILO LACERDA DE SOUZA FERREIRA - SP272633

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Trata-se de ação de procedimento comum, ajuizada por **IZALCO SARDENBERG NETO** em face da **UNIAO FEDERAL**, objetivando o fornecimento do medicamento denominado Pembrolizumab (Keytruda), nos moldes do receituário médico apresentado.

Em razão da obtenção do remédio junto ao seu plano de saúde privado, o autor peticionou requerendo a desistência da ação, aduzindo a perda superveniente de interesse processual.

Intimada para manifestar sua concordância com o pedido de desistência, a União condicionou a homologação da desistência da ação à renúncia acerca do direito sobre o qual se funda a ação.

O juízo *a quo* afastou a exigência da União acerca da referida renúncia, homologando, por sentença, **a desistência da ação**. Julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil. Por fim, condenou o autor ao recolhimento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, qual seja: R\$ 191.633,40 (cento e noventa e um mil, seiscentos e trinta e três reais e quarenta centavos).

A parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a redução do percentual de honorários de sucumbência que lhe foram aplicados, alegando que a causa não é complexa, sendo que a sua tramitação foi breve e que em casos de medicamentos cabe ao Juiz fixar o valor de forma equitativa.

Com contrarrazões, vieram os autos a esse Tribunal.

É o sucinto relatório.

APELAÇÃO (198) Nº 5004379-14.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: IZALCO SARDENBERG NETO

Advogados do(a) APELANTE: EDUARDO MONTENEGRO DOTTA - SP155456, ANDRE FELIZATE PEREIRA - SP359160, DANILO LACERDA DE SOUZA FERREIRA - SP272633

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): *In casu*, de fato, mostra-se razoável a redução da condenação do autor, ora apelante, ao pagamento de honorários advocatícios.

Como é cediço, os honorários devem remunerar dignamente o trabalho do advogado. No entanto, devem ser seguidos os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado.

O §8º, do art. 85, do CPC, dispõe que: "*nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º*".

Assim, embora o valor da causa sirva de parâmetro para a fixação dos honorários, outras são as circunstâncias a serem consideradas, como o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Sobre o assunto, colaciono julgados dessa e. Corte Regional:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. FIXAÇÃO EM MONTANTE EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Sobre a matéria, assim dispõe o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 85: "Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. (...) § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial."

2. Depreende-se dos referidos dispositivos que os honorários advocatícios são devidos em sede de cumprimento de sentença, sendo que, na hipótese de sucumbência recíproca, por se tratar de verba pertencente ao advogado, é vedada a sua compensação.

3. Outrossim, em relação ao benefício da justiça gratuita, a Lei n.º 1.060/50 regula a sua concessão, dispondo em seu art. 4º que: "A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

4. Sendo assim, é cediço que para a obtenção do benefício da gratuidade judicial, basta a simples afirmação do requerente, no sentido de que sua situação financeira não lhe permite pagar custas processuais e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, sendo desnecessária a comprovação do estado de pobreza. Contudo, a declaração do autor não constitui presunção absoluta da hipossuficiência econômica, admitindo-se o indeferimento do pedido quando houver fundadas razões de que a situação financeira do requerente permita-lhe arcar com tal ônus sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

5. No caso vertente, houve sucumbência parcial da parte autora na fase de cumprimento da sentença, sendo, portanto, devida a verba honorária, nos termos do art. 85, § 1º, do CPC/2015, não havendo de se falar em compensação da verba sucumbencial, a teor da vedação prevista no § 14 do art. 85 do diploma processual. Quanto ao pleito de isenção, pela hipossuficiência financeira da parte agravante, não há qualquer elemento nos autos que justifique a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

6. Por outro lado, os honorários advocatícios tal como fixados na r. decisão agravada constituem valor exorbitante, em montante acima de R\$ 100.000,00. Desta feita, tendo em vista a possibilidade de fixação da verba honorária mediante apreciação equitativa, consoante o art. 85, § 8º, do CPC, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é cabível a sua modificação.

7. Considerando os critérios previstos no art. 85, § 2º, do CPC, bem como a complexidade da causa e o valor da indenização (R\$ 1.595.808,85), é razoável a fixação dos honorários devidos ao patrono da ré no montante de R\$ 30.000,00, distribuído proporcionalmente entre as autoras, na forma do art. 87 do CPC.

8. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 588220 - 0017184-85.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, julgado em 02/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2017)

Nesse sentido, nas ações que versam sobre concessão de medicamentos, a fixação dos honorários deve se dar de forma equitativa, haja vista que a demanda por tratar de tutela da saúde, possui valor econômico inestimável, sendo aplicável na espécie as disposições do art. 85, § 8º do CPC/2015.

A fixação dos honorários advocatícios em R\$ 19.163,34, referentes a 10% por cento, sobre o valor atualizado da causa, de fato, afiguram-se excessivos.

Destarte, **DOU PROVIMENTO** à apelação para reduzir o valor da verba honorária, a qual fixo no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

A DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES: Trata-se de recurso de apelação interposto por IZALCO SARDENBERG NETO, em face da sentença (ID nº 1581668) que homologou a desistência da ação manifestada pelo autor, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, conforme art. 485, inciso VIII, do CPC. Condenou-se o autor ao recolhimento das custas processuais bem como ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, conforme art. 85, §§ 3º, I, 4º, III, e art. 10 do CPC.

Foi dado à ação o valor de R\$ 191.633,40 (cento e noventa e um mil, seiscentos e trinta e três reais e quarenta centavos), conforme petição apresentada pelo autor (IDs nº 1581633 e nº 1581634), tendo sido a sentença proferida em setembro/2017 (ID nº 1581668).

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto e, assim, fixar a verba honorária, pelo mínimo legal, nos patamares previstos no artigo 85, § 3º, inciso I, e § 4º, inciso III, do CPC/2015.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS. ART. 85, §8º, DO CPC. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. A parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a redução do percentual de honorários de sucumbência que lhe foram aplicados.
2. *In casu*, de fato, mostra-se razoável a redução da condenação do autor, ora apelante, ao pagamento de honorários advocatícios.
3. Os honorários devem remunerar dignamente o trabalho do advogado. No entanto, devem ser seguidos os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado.
4. O §8º, do art. 85, do CPC, dispõe que: “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.
5. Assim, embora o valor da causa sirva de parâmetro para a fixação dos honorários, outras são as circunstâncias a serem consideradas, como o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
6. Julgado dessa e. Corte Regional TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 588220 - 0017184-85.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS, julgado em 02/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2017.
7. Nas ações que versam sobre concessão de medicamentos, a fixação dos honorários deve se dar de forma equitativa, haja vista que a demanda por tratar de tutela da saúde, possui valor econômico inestimável, sendo aplicável na espécie as disposições do art. 85, § 8º do CPC/2015.
8. A fixação dos honorários advocatícios em R\$ 19.163,34, referente à 10% por cento, sobre o valor atualizado da causa, de fato, afigura-se excessiva.
9. Destarte, reduzo o valor da verba honorária, a qual fixo no importe em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).
10. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhe negava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007431-48.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: VANIN & VANIN COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATA PEIXOTO FERREIRA - SP152360
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007431-48.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: VANIN & VANIN COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATA PEIXOTO FERREIRA - SP152360
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por “**Vanin & Vanin Comercial Ltda.**”, contra a r. proferida nos autos da execução fiscal n. 0006759-56.2012.4.03.6105, ajuizada pela **União** e em trâmite perante o Juízo Federal da 3ª Vara de Campinas/SP.

A agravante alega, em síntese, que:

- a) “a questão referente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, podendo ser de pronto analisada pelo Juízo, sendo, assim, passível de ser objeto de exceção de pré-executividade” (Id 2034462 - Pág. 5);
- b) “a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS” (Id 2034462 – Pág. 9);
- c) “o pedido efetuado em exceção de pré-executividade e ora reiterado neste agravo de instrumento é de mera exclusão do ICMS da base de cálculo, desnecessária a substituição da CDA e descabida a extinção da execução fiscal, por esse motivo e sem que haja qualquer ofensa ao disposto nos artigos 202 e 203, CTN e 783 e 803, CPC, bastando a retificação do título executivo” (Id 2034462 - Pág. 10);
- d) “a jurisprudência já firmou entendimento no sentido do cabimento da verba honorária, quando do acolhimento da exceção de pré-executividade, mesmo quando a execução fiscal prossiga, em razão da natureza contenciosa da medida processual” (Id 2034462 - Pág. 13).

A União apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovimento do recurso (Id 2994816).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007431-48.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: VANIN & VANIN COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATA PEIXOTO FERREIRA - SP152360
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Inicialmente, consigne-se que a exceção de pré-executividade é via processual perfeitamente adequada à alegação de nulidade da certidão de dívida ativa, matéria de ordem pública e aferível independentemente de qualquer dilação probatória.

Nesse sentido, citem-se precedentes admitindo a exceção de pré-executividade como via adequada para impugnação da matéria debatida no presente caso:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE - PIS E COFINS - LEI FEDERAL Nº. 9.718/98: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECÁLCULO DA DÍVIDA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - RECÁLCULO DA DÍVIDA COM A SUBSTITUIÇÃO DA CDA.

1. A exceção de pré-executividade demanda prova certa e irrefutável. No caso concreto, impugna-se exigência tributária com fundamento em decisões do Supremo Tribunal Federal. É viável a análise do tema, em exceção.

2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, nos termos do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº. 9.718/98.

3. A exequente deve promover a substituição da certidão de dívida ativa.

4. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: A pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

5. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

6. A desconstituição da inscrição, contudo, é irregular. A execução fiscal deve prosseguir, mediante recálculo da dívida e apresentação de nova CDA, pela exequente.

7. Agravo interno provido em parte.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 590993 - 0020629-14.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 01/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2018 – sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - COMPROVAÇÃO DE PLANO - ICMS - BASE DE CÁLCULO - PIS E COFINS - EXCLUSÃO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RECURSO PROVIDO, PARA ACOLHER PEDIDO SUBSIDIÁRIO DA AGRAVANTE.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.

4. Na hipótese, cumpre ressaltar que nenhuma exceção tem fundamento legal a Lei nº 9.718/98, segundo CDAs acostadas.

5. Recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do RE 240.785 - 2/MG.

6. Cabe acrescentar que, com base no precedente citado, foi adotado, recentemente, novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94.

7. A recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, em 15/3/2017, nos autos do nº 574.706, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

8. Cabível a exceção de pré-executividade, sendo de rigor a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, nos termos supra.

9. Por se tratar de mera exclusão do ICMS da base de cálculo, desnecessária a substituição da CDA e descabida a extinção da execução fiscal, por esse motivo e sem que haja qualquer ofensa ao disposto nos artigos 202 e 203, CTN e 783 e 803, CPC, bastando a retificação do título executivo, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática de recursos repetitivos (REsp nº 1.115.501).

10. Agravo de instrumento provido, para acolher o pedido subsidiário da agravante.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592862 - 0022837-68.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017 – sem grifos no original)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

1. A exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. No caso dos autos, a questão controversa é eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, podendo ser de pronto analisada pelo Juízo, sendo, assim, passível de ser objeto de exceção de pré-executividade.

2. Como bem ressaltou o Juízo a quo, estão em cobrança débitos da COFINS posteriores a 2010, ou seja, após a revogação do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, pela Lei nº 11.941/2009, que, portanto, sequer serviu de fundamento para a exigência fiscal. Assim, ausente o interesse da agravante quanto à declaração de inconstitucionalidade da referida norma, vez que não aplicada ao presente caso.

3. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme noticiado no Informativo nº 857, 13 a 17 de março de 2017.

4. Assim, considero que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

5. Importante mencionar que as demais CDA's não se referem a débitos de COFINS, o que torna inviável o pedido de extinção da execução fiscal.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 585001 - 0013274-50.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 03/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017 – sem grifos no original)

Prosseguindo, deve ser consignado que, em sessão plenária do dia 15.03.2017, foi julgado o RE nº 574.706, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

A ausência de trânsito em julgado ou a possibilidade de eventual modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO. (...) 2. O acórdão proferido em recurso representativo da controvérsia pode ser aplicado aos demais processos que tratam da mesma matéria, antes mesmo do seu trânsito em julgado. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 147.250/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 01/06/2015)

TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE VEÍCULO AUTOMOTOR IMPORTADO PARA USO PRÓPRIO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 723.651/PR. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ. 1. O fato de a ementa do julgado promovido pelo STF encontrar-se pendente de publicação não inviabiliza sua imediata aplicação, mormente diante do efeito vinculante dos pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral, emprestando celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como reverência ao pronunciamento superior. (...) Agravo interno improvido. (AgInt no REsp nº 1.402.242/SC, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/06/2016)

Assim, a questão dos autos não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS. Confirmam-se:

TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento. (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Importante asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada, desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que representa apenas ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro.

Ressalte-se, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores, a título de ICMS, no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto, no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo – aquele que realiza a circulação de mercadoria – apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro e o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG). 2. Embargos infringentes desprovidos.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS. 1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014. 2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015. 3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada. 4. Agravos inominados desprovidos. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, situação que não autoriza a extinção da execução fiscal de origem. Isso porque o reconhecimento de inscrição parcialmente indevida não enseja a nulidade total da CDA, quando não abalada a presunção de liquidez e certeza do referido título. Nesse sentido, cite-se precedente do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) ORIGINADA DE LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO (DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88). VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER REVISTO. **INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO. ILIQUIDEZ AFASTADA ANTE A NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO PARA EXPURGO DA PARCELA INDEVIDA DA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR FORÇA DA DECISÃO, PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, QUE DECLAROU O EXCESSO E QUE OSTENTA FORÇA EXECUTIVA. DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.**

1. O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a fortiori, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA). (...) **6. Conseqüentemente, tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação posteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico, o que, inclusive, encontra-se, atualmente, preceituado nos artigos 18 e 19, da Lei 10.522/2002, verbis: (...) 7. Assim, ultrapassada a questão da nulidade do ato constitutivo do crédito tributário, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal (artigos 475-B, 475-H, 475-N e 475-I, do CPC). 8. Conseqüentemente, dispensa-se novo lançamento tributário e, a fortiori, emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).**

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1115501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010 – sem grifos no original)

Assim, é plenamente possível, através de mero cálculo aritmético, destacar os créditos tributários ou valores indevidos da Certidão de Dívida Ativa, permanecendo os demais valores hígidos para cobrança.

Por fim, deve a exequente arcar com verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da parcela excluída da execução fiscal. Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA PIS/COFINS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da **inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS,** conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. Igualmente consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da **possibilidade de aproveitamento do título executivo, sem necessidade de substituição ou novo lançamento, mas com retificação da CDA, através de mero cálculo aritmético.**

3. Quanto aos honorários advocatícios, o encargo do Decreto-lei 1.025/69 deve ser calculado sobre o novo valor das CDA's, **arcando a exequente com verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da parcela excluída da execução fiscal.** 4. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 581604 - 0008988-29.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 18/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016 – sem grifos no original)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de agravo de instrumento interposto por “Vanin & Vanin Comercial Ltda.” contra a r. decisão, proferida nos autos da execução fiscal n. 0006759-56.2012.4.03.6105, que rejeitou a exceção de pré-executividade por entender que a discussão deveria ser apresentada em sede de embargos à execução, visto que a possível inclusão indevida de ICMS na base de cálculo de PIS e da COFINS demandaria dilação probatória para sua elucidação.

Adoto o relatório do e. Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto apresentado, especificamente no que tange à possibilidade de se analisar nesta instância o pedido de adequação dos valores impugnados como indevidos. Explico.

Como bem fundamentou Vossa Excelência, também coaduno do entendimento no sentido de que a matéria questionada pode ser analisada por meio de exceção de pré-executividade, no entanto, ressalvo meu posicionamento no sentido de que a análise da questão apresentada necessita da prova necessária para afastar a liquidez e certeza que militam em favor da CDA.

Como já me manifestei anteriormente, entendo que a matéria pode ser enfrentada via exceção de pré-executividade, contudo, desde que a parte que alega referido excesso de execução junte aos autos elementos suficientes que permitam o reconhecimento de pronto pelo juízo, respeitando a estreiteza da via excepcional de defesa.

Analisando o caso dos autos, nota-se que o juízo *a quo* ainda não enfrentou a questão da nulidade do título (fls. 25 – Id. 2034505). Assim, com a devida vênia, entendo que não cumpre a esta Corte fazê-lo neste momento, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Nesse sentido, colaciono recente julgado desta Turma:

“DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

1. A matéria devolvida a essa Corte Regional, em anterior agravo de instrumento, restringiu-se à pretensão de suspensão da execução fiscal de origem.

2. O pronunciamento monocrático, posteriormente mantido por decisão da E. Terceira Turma dessa Corte Regional, tratou do cabimento da exceção de pré-executividade em “obiter dictum”, apenas como reforço da razão de decidir; esta consistente na impossibilidade de suspensão da execução fiscal de origem pela ausência de hipótese prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

3. Após pronunciamento dessa Corte em anterior agravo de instrumento, a demanda executiva teve regular prosseguimento, tendo a União apresentado resposta à exceção de pré-executividade, razão pela qual caberia ao MM. Juiz de primeira instância pronunciar-se sobre a matéria oposta pela executada, não podendo deixar de conhecê-la, invocando, para tanto, argumentação consignada como reforço por essa Corte Regional em anterior agravo de instrumento.

4. A exceção de pré-executividade é via processual perfeitamente adequada à alegação de nulidade da certidão de dívida ativa, matéria de ordem pública e aferível independentemente de qualquer dilação probatória.

5. Precedentes dessa Corte Regional admitem exceção de pré-executividade enfrentando a alegação de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo das contribuições sociais, nos termos da Lei n. 9.718/1998, bem como da pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Considerando que a objeção oferecida pela executada veicula matéria eminentemente jurídica, que, como dito, não demanda dilação probatória, não há como acolher a alegação da União no sentido de que “os créditos discutidos foram constituídos mediante declaração prestada pela própria agravante”, razão pela qual “mostrar-se-ia imprescindível a realização de dilação probatória, incabível de ser realizada na via da exceção de pré-executividade”.

7. A pretensão de reconhecimento da nulidade do título não foi enfrentada pelo o MM. Juiz de primeira instância. Ainda que seja matéria de ordem pública, vale lembrar que os recursos são instrumentos destinados à revisão dos julgados proferidos pelas instâncias inferiores, razão pela qual não é possível ao Tribunal pronunciar-se sobre o tema sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes em casos análogos.

8. Agravo de instrumento conhecido em parte e, na parte conhecida, provido.”

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0002108-55.2015.4.03.0000/SP. Relator: Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 08/05/2018. Data da Publicação no D.E.: 10/05/2018)

Em assim sendo, acolho apenas parte do pedido, apenas para determinar que a exceção de pré-executividade seja conhecida pelo juízo de origem à luz dos documentos apresentados pela parte agravante.

Ante o exposto, com a devida vênia, dirijo do entendimento manifestado pelo e. Relator para **dar parcial provimento** ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574706. RECURSO PROVIDO.

1. 4. A exceção de pré-executividade é via processual perfeitamente adequada à alegação de nulidade da certidão de dívida ativa, matéria de ordem pública e aferível independentemente de qualquer dilação probatória.
2. Precedentes dessa Corte Regional admitem exceção de pré-executividade enfrentando pleito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.
3. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706, sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra no conceito de faturamento ou receita bruta. Mesmo entendimento já adotado pela Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.
4. Indevida a inclusão do ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS, situação que não autoriza a extinção da execução fiscal de origem. Isso porque o reconhecimento de inscrição parcialmente indevida não enseja a nulidade total da CDA, quando não abalada a presunção de liquidez e certeza do referido título. Nesse sentido, cite-se precedente do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia: REsp 1115501/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010.
5. Plenamente possível, através de mero cálculo aritmético, destacar os créditos tributários ou valores devidos da Certidão de Dívida Ativa, permanecendo os demais valores hígidos para cobrança.
6. Deve a exequente arcar com verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da parcela excluída da execução fiscal. Nesse sentido: TRF 3ª Região, Terceira Turma, AI – Agravo de Instrumento - 581604 - 0008988-29.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, julgado em 18/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016.
7. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencida as Des. Fed. CECILIA MARCONDES e MONICA NOBRE, que lhe davam parcial provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008570-05.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VINCI ASSESSORIA FINANCEIRA LTDA, VINCI EQUITIES GESTORA DE RECURSOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: KARYN RESINENTTI NORONHA - RJ171824, LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

Advogados do(a) APELADO: KARYN RESINENTTI NORONHA - RJ171824, LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

APELADO: VINCI ASSESSORIA FINANCEIRA LTDA, VINCI EQUITIES GESTORA DE RECURSOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: KARYN RESINENTTI NORONHA - RJ171824, LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ1123100S

Advogados do(a) APELADO: KARYN RESINENTTI NORONHA - RJ171824, LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ1123100S

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Vinci Assessoria Financeira Ltda. e Vinci Equities Gestora de Recursos Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda.

A apelante alega, em síntese, que:

- a) o C. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento, em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, de que o ISSQN compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS;
- b) o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Denise Neves Abade, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Preliminarmente, em que pese a alegação do julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinto receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despidido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 14.06.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELLANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela União contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Vinci Assessoria Financeira Ltda. E Vinci Equities Gestora de Recursos Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: “O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”.

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.
2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).
3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.
4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.
5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).
6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.
7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.
8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Tendo em vista a adoção do entendimento acima explanado, resta prejudicada a pretensão de compensação.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à apelação e ao reexame necessário para julgar devida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO DO ISSQN. DESNECESSIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. Preliminarmente, em que pese a alegação do julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. Reexame necessário e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO (198) Nº 5001733-67.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CLARIAN CONSULTORIA E CORRETORA DE SEGUROS - EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A, IVAN NASCIBEM JUNIOR - SP232216-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELAÇÃO (198) Nº 5001733-67.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CLARIAN CONSULTORIA E CORRETORA DE SEGUROS - EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A, IVAN NASCIBEM JUNIOR - SP232216-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Clarian Consultoria e Corretora de Seguros Eireli** contra a r. sentença que julgou improcedente o mandado de segurança impetrado contra ato do **Delegado da Receita Federal em Piracicaba – SP**.

O juízo *a quo* denegou liminarmente a segurança, em razão do julgamento pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, que reconheceu a impossibilidade de exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A apelante alega, em síntese, que em virtude do julgamento do A. Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, restou superada a jurisprudência vetusta do C. Superior Tribunal de Justiça.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Sonia Maria Curvello, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

Intimada a comprovar a condição de credora, a impetrante, ora apelada, juntou comprovantes de recolhimento dos tributos em debate.

Aberta vista à União, esta afirmou pela impossibilidade de tal comprovação neste momento processual.

É o relatório.

APELAÇÃO (198) Nº 5001733-67.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CLARIAN CONSULTORIA E CORRETORA DE SEGUROS - EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A, IVAN NASCIMBEM JUNIOR - SP232216-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Embora tenha ocorrido o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Saliente-se que esta E. Terceira Turma caminha no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo daquelas exações. Confiram-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE ANTERIORES À IMPETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÃO DE CREDOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
3. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS - Lei nº 12.973/14 - não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
4. A falta de comprovação da situação de credor pelo impetrante, acarreta no reconhecimento da ausência de interesse de agir em relação ao pedido de compensação dos valores recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores à impetração. Precedentes do E. STJ.

5. De outra face, para a fixação da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, deve ser levado em conta o recente posicionamento do eminente Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal federal - STF, na decisão proferida na Ação Originária 506/AC (DJE de 1/9/2017), aplicando às verbas sucumbenciais os critérios do direito adjetivo vigente à época da propositura do feito judicial. Segundo a decisão proferida, "quando se ingressa com a demanda, tem-se a previsibilidade dos ônus processuais, entre os quais se incluem os honorários advocatícios, de acordo com a norma em vigor no ajuizamento da demanda, razão pela qual reconheço que, nos casos em ajuizada ação sob a égide do CPC/73 e a Fazenda Pública saia vencida, há direito de o ente público não se sujeitar à mudança dos custos processuais de forma pretérita, exatamente tal como previsto nas partes inicial e final do art. 14 do CPC/15".

6. Assim, como no caso dos autos, a demanda foi ajuizada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e, portanto, devem ser observados os parâmetros daquele diploma.

7. Verifica-se que o pedido de repetição do indébito, dos valores recolhidos anteriores ao ajuizamento da ação, foi improcedente para a autora, porém o pedido declaratório, de inexistência de relação jurídico-tributária da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ICMS e ao ISSQN fora procedente.

8. Em função do explanado, é de rigor a aplicação do artigo 21, caput, do Código de Processo Civil de 1973, sendo recíproca e proporcionalmente compensados os honorários advocatícios e despesas entre os litigantes.

9. Recurso de apelação parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2190664 - 0000244-86.2015.4.03.6141, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/08/2018)

“PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - UNIÃO FEDERAL - PIS-COFINS - NÃO INCLUSÃO DO ISS - COMPENSAÇÃO.

I - Inviável incidirem PIS e Cofins sobre a parcela relativa ao ISSQN e ICMS. Com efeito, a hipótese versa, exclusivamente, sobre a inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, sendo pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Recentemente, o E. STF decidiu, em Plenário, que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS. O julgamento se deu em Recurso Extraordinário RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

II - Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpretadas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 24.02.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, observando-se a prescrição quinquenal.

III - É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. Cumpre ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

IV- Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil,

V - Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

VI - Apelação e remessa oficial não providas.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371464 - 0001835-41.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018)

Desta forma, deve ser reconhecido que o entendimento exarado pelo juízo *a quo* não se ateve à questão constitucional do tema, devendo tal situação ser conhecida e julgada pela primeira instância.

Reforce-se que não houve intimação da autoridade coatora, bem como sua manifestação, tornando a causa imatura para o julgamento do mérito neste momento.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto para que os presentes autos retornem à primeira instância e tenham o seu regular processamento, conforme fundamentação *supra*.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de recurso de apelação interposto por Clarian Consultoria e Corretora de Seguros Eireli contra a r. sentença que julgou improcedente o mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal em Piracicaba – SP.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: “O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”.

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.
2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).
3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.
4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.
5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).
6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, dirijo do entendimento manifestado para NEGAR PROVIMENTO à apelação da Impetrante, no termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. DENEGAÇÃO LIMINAR DA SEGURANÇA PELO JUÍZO *A QUO* CALCADA EM RECURSO REPETITIVO PELO C. STJ. INEXISTÊNCIA DE ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. CAUSA IMATURA PARA JULGAMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. Embora tenha ocorrido o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

2. Saliente-se que esta E. Terceira Turma caminha no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo daquelas exações.
3. Desta forma, deve ser reconhecido que o entendimento exarado pelo juízo *a quo* não se ateve à questão constitucional do tema, devendo tal situação ser conhecida e julgada pela primeira instância.
4. Reforce-se que não houve intimação da autoridade coatora, bem como sua manifestação, tornando a causa imatura para o julgamento do mérito neste momento.
5. Recurso de apelação provido com determinação da devolução dos autos à origem para regular processamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001655-28.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CONCESSIONARIA RODOVIA DOS TAMOIOS S.A.
Advogado do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001655-28.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONCESSIONARIA RODOVIA DOS TAMOIOS S.A.
Advogado do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A**.

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda.

A apelante alega, em síntese, que o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN, bem como em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à tese da apelante.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do E. Procurador Regional da República, Synval Tozzini, opinou pelo desprovemento do recurso de apelação e do reexame necessário, ressalvando o erro material incorrida na r. sentença, quanto a delimitação da tributação em debate como COFINS-Importação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001655-28.2017.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CONCESSIONARIA RODOVIA DOS TAMOIOS S.A.

Advogado do(a) APELADO: LUIZ OTAVIO PINHEIRO BITTENCOURT - SP147224

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Preliminarmente, o erro material definido no relatório da r. sentença não causa nódoa no quando decidido, eis que no dispositivo é descrita corretamente a tributação em debate nos presentes autos, porém, conforme elucidado pelo E. Procurador Regional da República, é de bom notar que o direito pretendido é o de exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Passando-se à análise do mérito propriamente dito, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tomando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 31.07.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELLANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de recurso de apelação interposto pela União Federal, em face da sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constitui receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento." (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à remessa oficial e apelação da União, para o fim de determinar a inclusão da incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins nos recolhimentos doravante efetuados, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tomando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. Reexame necessário e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO (198) Nº 5002315-44.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESL CONSULTORIA E SERVICOS EM INFORMATICA LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL DE CAMARGO PIANTONI - SP213776, FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A

APELAÇÃO (198) Nº 5002315-44.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESL CONSULTORIA E SERVICOS EM INFORMATICA LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: RAFAEL DE CAMARGO PIANTONI - SP213776, FABIANO GUSMAO PLACCO - SP1987400A

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário, submetido de ofício, e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **ESL Consultoria e Serviços em Informática Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda, nada declarando sobre a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07.

Sentença não submetida ao reexame necessário, nos termos do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil.

A apelante alega, em síntese, que:

a) deve ser suspenso o julgamento da presente demanda, haja vista que o RE nº 574.706 ainda não transitou em julgado, restando pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, pretendendo a modulação de efeitos;

b) o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa na caixa da apelada a título de ISSQN, bem como em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à tese da apelante.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, opinou pela rejeição da preliminar arguida e, com o posterior regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO (198) Nº 5002315-44.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESL CONSULTORIA E SERVICOS EM INFORMATICA LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: RAFAEL DE CAMARGO PIANTONI - SP213776, FABIANO GUSMAO PLACCO - SP1987400A

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Preliminarmente, submete-se a r. sentença ao reexame necessário, em razão da aplicabilidade prematura do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil em cotejo com o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Isto porque, enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede recurso repetitivo na Corte Suprema, a eficácia da decisão ainda não se completa, aguardando o julgamento dos recursos ainda existentes – no caso, os embargos de declaração – para que se torne plenamente eficaz. Rememore-se que isto não impede que tal decisão seja utilizada como precedente e, também, indicativo de que a jurisprudência pátria irá seguir aquele sentido.

Não produzindo a eficácia inerente aos recursos repetitivos, é prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil e, desta forma, o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09 torna-se dispositivo plenamente aplicável nos julgamentos em detrimento da Administração Pública, em sede de mandado de segurança.

Ainda, em análise preliminar, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

Quanto ao mérito, embora tenha ocorrido o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.
2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).
2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.
2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.
3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.
4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente e reconhecidos nos presentes autos, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 21.11.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."
14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).
15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)
16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDCI no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto; e, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, unicamente para impossibilitar que a compensação se proceda com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de reexame necessário, submetido de ofício, e recurso de apelação interposto pela União contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por ESL Consultoria e Serviços em Informática Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistematização dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Improcedente o pedido principal, não se há que falar em compensação.

Ante o exposto, com a devida vênia, dirijo do entendimento manifestado para DAR PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União, no termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO SUBMETIDO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO PREMATURA DO ART. 496, § 4º, II, DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede recurso repetitivo na Corte Suprema, a eficácia da decisão ainda não se completa, aguardando o julgamento dos recursos ainda existentes – no caso, os embargos de declaração – para que se torne plenamente eficaz. Não produzindo a eficácia inerente aos recursos repetitivos, é prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil e, desta forma, o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09 torna-se dispositivo plenamente aplicável nos julgamentos em detrimento da Administração Pública, em sede de mandado de segurança. 1. Não se conhece da parte do recurso interposto pela União, no que se refere à compensação, bem como no que concerne o índice de correção do indébito tributário, haja vista que não fora sucumbente nesta parte
2. Em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
3. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
4. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
6. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5027887-86.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: W.G. INVESTIGACAO E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: DIOGO BARDUCHI DIBENEDETTO - SP354505-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5027887-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: W.G. INVESTIGACAO E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: DIOGO BARDUCHI DIBENEDETTO - SP354505

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **W.G. Investigação e assessoria Empresarial Ltda. – EPP**.

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda, nada declarando sobre a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07.

A apelante alega, em síntese, que o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN, bem como em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à tese da apelante.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Elizabeth Mitiko Kobayashi, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELADO: W.G. INVESTIGACAO E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: DIOGO BARDUCHI DIBENEDETTO - SP354505

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Embora tenha ocorrido o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse-se que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.
2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 20.12.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDCI no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDCI no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto; e, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, unicamente para impossibilitar que a compensação se proceda com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela União Federal contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por W.G. Investigação e Assessoria Empresaria Ltda. – EPP.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento." (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à remessa oficial e apelação da União, para o fim de determinar a inclusão da incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins nos recolhimentos doravante efetuados, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
7. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, : Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000409-76.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OXIPIRA AUTOMACAO INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: RAMON DO PRADO COELHO DELFINI CANCADO - SP288405-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000409-76.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OXIPIRA AUTOMACAO INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAMON DO PRADO COELHO DELFINI CANCADO - SP288405-A

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Oxipira Automação Indústria e Comércio de Máquinas Industriais Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tais parcelas não se caracterizam como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda.

A apelante alega, em síntese, que:

a) deve ser anulada a r. sentença, em virtude da necessidade de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que o RE nº 574.706 ainda não transitou em julgado, restando pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, pretendendo a modulação de efeitos;

b) o ICMS e o ISSQN caracterizam-se como receita e, por essa razão, devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ICMS e de ISSQN.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do E. Procurador Regional da República, Walter Claudius Rothenburg, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000409-76.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OXIPIRA AUTOMACAO INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: RAMON DO PRADO COELHO DELFINI CANCADO - SP288405-A

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Preliminarmente, não procede o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

Embora o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquelas parcelas, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro ou Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS e do ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro e o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS e o ISS são impostos indiretos nos quais o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS e do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 15.03.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDCI no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação da União Federal em face da sentença que julgou procedente o mandado de segurança reconhecendo a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e do ISSQN na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: “O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS”.

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado para DAR PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União, para manter a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins, acompanhando quanto ao mais.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. PROSSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º, CPC. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. Preliminarmente, não procede o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

2. Embora o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
3. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
4. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
6. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
7. Reexame necessário parcialmente provido; recurso de apelação, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava parcial provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000430-78.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESCOLA DE DANCA E GINASTICA BIOTAMBO LTDA

Advogado do(a) APELADO: DANIEL BORGES COSTA - SP250118-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000430-78.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESCOLA DE DANCA E GINASTICA BIOTAMBO LTDA

Advogado do(a) APELADO: DANIEL BORGES COSTA - SP250118

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Escola de Ginástica e Dança Biotambo Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda.

A apelante alega, em síntese, que:

a) o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN;

b) em caso de reconhecimento do direito pretendido, deve ser decretada a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Marcela Moraes Peixoto, opinou pelo parcial provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000430-78.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESCOLA DE DANCA E GINASTICA BIOTAMBO LTDA

Advogado do(a) APELADO: DANIEL BORGES COSTA - SP250118

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Preliminarmente, em que pese a alegação do julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Mesmo inexistindo trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 30.09.2016 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELLANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela União contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Escola de Ginástica e Dança Biotambo Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.
2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).
3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Tendo em vista a adoção do entendimento acima explanado, resta prejudicada a pretensão de compensação.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à apelação e ao reexame necessário para julgar devida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO DO ISSQN. DESNECESSIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Preliminarmente, em que pese a alegação do julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. Reexame necessário e recurso de apelação parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008821-23.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: REED EXHIBITIONS ALCANTARA MACHADO LTDA

Advogado do(a) APELADO: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008821-23.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente o mandado de segurança impetrado por **Reed Exhibitions Alcantara Machado Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda, nada declarando sobre a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07.

A apelante alega, em síntese, que:

a) deve ser suspenso o julgamento da presente demanda, haja vista que o RE nº 574.706 ainda não transitou em julgado, restando pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, pretendendo a modulação de efeitos;

b) o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN, bem como em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à tese da apelante.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do E. Procurador Regional da República, Robério Nunes dos Anjos Filho, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Preliminarmente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

Passando-se à análise do mérito propriamente dito, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 21.06.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto; e, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, unicamente para impossibilitar que a compensação se proceda com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela União Federal contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Reed Exhibitions Alcantara Machado Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistematização dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à remessa oficial e apelação da União, para o fim de determinar a inclusão da incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins nos recolhimentos doravante efetuados, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
7. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prossequindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO (198) Nº 5000357-80.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: AJINOMOTO DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, JOSE WELLINGTON MAIA DA SILVA JUNIOR - SP323215

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO (198) Nº 5000357-80.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: AJINOMOTO DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP5807900A, ENIO ZAHA - SP1239460A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP2503210A, JOSE WELLINGTON MAIA DA SILVA JUNIOR - SP323215

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente a ação ordinária ajuizada por **Ajinomoto do Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.**

O juízo *a quo*, em sede de preliminares, afastou a ocorrência de litispendência entre estes autos e os de nº 0010791-68.2007.4.03.6109 e, no mérito, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, excetuada com as contribuições previdenciárias, corrigidos pela taxa SELIC, após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda.

A União fora condenada nos honorários advocatícios fixados “[...] no percentual de 10% sobre valor da condenação, conforme estabelecido no artigo 85, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, após a liquidação do julgado, conforme determinada o parágrafo 4º, inciso II do mesmo dispositivo.” (ID nº 1309916, f. 03).

A apelante requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso de apelação e alega, em síntese, que:

a) ocorre a litispendência entre os presentes autos e os de nº 0010791-68.2007.4.03.6109, pois mesmo com as alterações realizadas pela Lei nº 12.973/14, o panorama jurídico se manteve;

b) deve ser suspenso o julgamento da presente demanda, haja vista que o RE nº 574.706 ainda não transitou em julgado, restando pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, pretendendo a modulação de efeitos;

c) o ICMS caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ICMS;

d) não cabe mandado de segurança contra lei em tese;

e) deve ser demonstrado pela autora o fenômeno da repercussão, nos termos do artigo 166, do Código Tributário Nacional;

f) o direito à compensação deve ser regido pela legislação aplicável à espécie, através do procedimento administrativo competente, unicamente após o trânsito em julgado da demanda, observada a prescrição quinquenal, não podendo ser realizada com as contribuições previdenciárias.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Juntada a inicial do mandado de segurança ao qual se reputa causa idêntica, as partes reforçaram o alegado nas razões e contrarrazões da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO (198) Nº 5000357-80.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: AJINOMOTO DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP5807900A, ENIO ZAHA - SP1239460A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP2503210A, JOSE WELLINGTON MAIA DA SILVA JUNIOR - SP323215

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Preliminarmente, julgo prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, em razão do exame de cognição exauriente perpetrado pela presente decisão.

Ainda, em sede de preliminares, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

Mantendo-se na análise preliminar, não conheço da parte do recurso de apelação no que se refere à questão das formas de compensação, unicamente após o trânsito em julgado da demanda, observada a prescrição quinquenal, não podendo ser realizada com as contribuições previdenciárias, haja vista que não fora sucumbente nesta parte.

Para corroborar tal afirmação trago excerto da r. sentença que trata do tema (ID nº 1309916, f. 03):

“Diante do exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, nas Leis 9.718/98, 10.833/03 e 10.637/02, inclusive com as alterações promovidas pela Lei 12.973/2014, confirmando-se a tutela provisória anteriormente concedida e assegurando-se à parte autora o direito à compensação ou restituição dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos cinco anos antes do ajuizamento da ação, atualizados pela aplicação da taxa SELIC, nos termos do art. 170-A, do Código Tributário Nacional, sendo, no caso de compensação, com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26 da lei 11.457/2007.”

Outra tese preliminar que não deve ser conhecida se refere à impetração de mandado de segurança contra lei em tese, por se tratar de razão dissociada, haja vista que se trata de ação ordinária.

Passa-se à análise de litispendência destes autos com os de nº 0010791-68.2007.4.03.6109.

A jurisprudência pátria é assente em determinar que sendo idênticas as ações, deve ser reconhecida a litispendência e extinto o feito sem resolução do mérito, confirmam-se:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DA LITISPENDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Ocorre litispendência quando há identidade de partes, causa de pedir e pedido entre os embargos à execução e a ação anulatória/revisional de débito fiscal.

2. A Corte Regional, com percuciente análise do contexto fático dos autos, verificou a ocorrência dos requisitos exigidos pela lei processual para a configuração do instituto da litispendência. Incidência da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 477.206/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRÍPLICE IDENTIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência firme no sentido de ocorrência de litispendência entre ação anulatória e embargos à execução, se identificadas as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

2. Caso em que, a embargante propôs ação anulatória 0014844-46.2012.4.03.6100, em trâmite perante a 1ª Vara Federal da Capital, objetivando declarar a nulidade dos créditos tributários, que são os mesmos questionados nos presentes embargos do devedor, o que configura litispendência, e não suspensão do feito, como supõe a apelante, pelo que deve ser mantida a sentença tal como proferida.

3. Agravo inominado desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0050423-66.2013.4.03.6182, Rel. JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, julgado em 19/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/11/2015)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONEXÃO. REUNIÃO DE PROCESSOS. ANULATÓRIA. SUSPENSÃO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. LITISPENDÊNCIA. OCORRÊNCIA.

1. A Segunda Seção desta Corte entende que, sendo firmada a competência em razão da matéria e, portanto, de natureza absoluta, não se deve proceder à reunião de ação anulatória e execução fiscal. Precedentes.

2. Ainda que fosse o caso de haver prejudicialidade externa, a suspensão do processo, que tem por fim evitar decisões conflitantes, não se projeta no tempo indefinidamente, devendo obedecer ao prazo máximo de 1 ano (artigo 265, § 5º, do CPC).

3. O mérito dos embargos constitui-se em reprodução do teor da ação anulatória anteriormente ajuizada - afirmado pela própria parte, inclusive -, na qual alega a nulidade da autuação que constituiu o crédito tributário executado, formando a triplice identidade caracterizadora da litispendência. Precedentes.

4. Embargos à execução extintos de ofício, em razão da litispendência, restando prejudicados o agravo retido e a apelação."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0515042-04.1994.4.03.6182, Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, julgado em 07/07/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2011 PÁGINA: 461)

Pela análise dos autos verifico a ocorrência da litispendência parcial entre os presentes autos e o mandado de segurança de nº 0010791-68.2007.4.03.6109.

Em relação às partes, verifica-se que nas ações acima citadas têm-se a União e a sociedade empresária de CNPJ nº 46.344.354/0001-54, que tem como razão social Ajinomoto do Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. nestes autos e Ajinomoto Biolatina Indústria e Comércio Ltda. naquele mandado de segurança. Apesar da razão social diversa, a inscrição perante o órgão fazendário se manteve a mesma, demonstrando se tratar da mesma parte.

Quanto ao pedido, infere-se que em ambos os autos é o de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores recolhidos indevidamente.

Assim, os pedidos formulados são idênticos também.

Resta a análise da causa de pedir. Nos presentes autos este critério identificador se demonstra como a ausência de natureza de receita do ICMS, razão pela qual sobre tal parcela não pode incidir o PIS e a COFINS, mesma causa de pedir da ação de nº 0010791-68.2007.4.03.6109.

Ocorre que um ponto difere da causa de pedir destes autos, do quanto delimitado no mandado de segurança acima mencionado, qual seja, a edição da Lei nº 12.973/14, sendo certo que pelo ingresso no mundo jurídico dessa nova norma, a autoridade tributária resistirá a utilização da decisão proferida naquela demanda, caso procedente e, portanto, configurada a necessidade de pronunciamento jurisdicional quanto ao tema, tomando-se o critério diferenciador, devendo ser reconhecida a litispendência parcial. Neste sentido:

“PROCESSO CIVIL. LITISPENDÊNCIA.

1ªS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Se a segunda ação repete a anterior, mas amplia o pedido articulado na primeira demanda, está-se diante de uma relação de continência.

A litispendência parcial daí resultante não implica a extinção do processo posterior enquanto ambas as causas estiverem tramitando no primeiro grau de jurisdição. A conexão existente entre as ações só exige, nesse caso, que sejam reunidas em um só Juízo para evitar decisões contraditórias. Se, todavia, já foi prolatada a sentença, não há como reunir as demandas (STJ, Súmula n. 235), e a litispendência parcial acarreta a extinção parcial do processo.

2ªs Embargos de Declaração A litispendência constitui um pressuposto processual negativo que exige a identificação precisa das partes, da causa de pedir e do pedido para que se possa decidir se há, ou não, renovação de ações iguais.

Havendo na primeira ação um pedido genérico e um pedido específico, prevalece este para os efeitos do reconhecimento da litispendência, porque é o único que pode ser comparado com o pedido de que trata a segunda demanda.

Ambos os embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no REsp 1394617/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 20/05/2014)

Saliento, ademais, que é possível o reconhecimento da litispendência entre ações de ritos diversos, conforme entendimento assente desta Terceira Turma, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE- AFRMM. AÇÃO ORDINÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CARACTERIZAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AS AÇÕES. TRÍPLICE IDENTIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- 1. Nos termos dos §§ 1º e 2º, do artigo 301, do Código de Processo Civil, há litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.*
- 2. A consequência jurídica é que, se propostas ações idênticas (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir), a segunda demanda deve ser extinta sem conhecimento do mérito, salvo se, por qualquer razão, a primeira ação tiver anteriormente o mesmo destino.*
- 3. No caso em tela, foi proposta ação ordinária ajuizada contra a União visando o recebimento em dobro dos valores indevidamente cobrados do impetrante a título de AFRMM.*
- 4. Contudo, compulsando aos autos, verifica-se que foi impetrado mandado de segurança, em face do Chefe do Serviço de Arrecadação da Coordenação Geral do AFRMM- Departamento do Fundo da Marinha Mercante de Santos, objetivando "sustação da cobrança de valores devidos (...), com a restituição em dobro do valor cobrado".*
- 5. O fato de as pessoas constantes nos respectivos polos passivos serem diversas não descaracteriza a identidade de partes, pois as ações ora analisadas pertencem a classes processuais distintas.*
- 6. Para que haja legitimidade de partes e, conseqüentemente, as relações processuais se completem, necessário que o mandado de segurança seja impetrado contra a autoridade coatora e ação ordinária, contra a pessoa jurídica responsável pela cobrança.*
- 7. Sendo assim, não havendo como negar a existência de identidade de partes, da causa de pedir e do pedido entre as duas ações, mostra-se configurada a litispendência no presente caso. Precedentes do STJ e deste Tribunal.*
- 8. O agravo apenas reiterou o que havia sido antes deduzido e já enfrentado no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.*

9. Não há no agravo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

10. Agravo não provido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0001824-20.2005.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 10/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

No mesmo sentido é a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, vejamos-se:

"PROCESSUAL CIVIL. ANISTIA. PAGAMENTO DE VERBA PREVISTA NA PORTARIA CONCESSORA. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA PELA UNIÃO. REQUERIMENTO RECEBIDO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CAUSAS IDÊNTICAS. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. Trata-se de petição apresentada pela União às fls. 547-553 para que seja reconhecida a litispendência com ação executiva proposta na 3ª Vara Federal de Recife/PE. A pretensão consiste no pagamento dos valores retroativos mencionados na Portaria 2.287/2003, que concedeu a anistia, o que coincidiria com o pedido deduzido no presente Mandado de Segurança.

2. Requerimento da União recebido como Embargos de Declaração.

3. No presente Mandado de Segurança o pedido é para que "seja concedida a segurança para determinar que a Autoridade Coatora cumpra, integralmente a Portaria nº 2.287, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2003, publicada no Diário Oficial da União de 11 de dezembro de 2003, nos termos da Lei n.º 10.559/2002, para que a União pague dos valores retroativos reconhecidos, acrescido das correções e juros legais a partir do sexagésimo primeiro dia após a publicação da Portaria 2.287, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2003" (fl. 15, grifei).

4. Já na mencionada ação executiva, a pretensão consiste na requisição do "pagamento do valor ora postulado, no importe de R\$ 251.084,06 (duzentos e cinquenta e um mil, oitenta e quatro reais e seis centavos), por intermédio do Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, fazendo-se tal pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito (CPC, art. 730, I e II)" (fl. 561, grifei).

5. A causa de pedir da ação proposta na 3ª Vara Federal de Recife está assim expressa (fl. 557): "significa que a União, pelo Ministério da Justiça, reconheceu ao ora Exeqüente o direito ao recebimento de R\$ 203.134,39 (duzentos e três mil, cento e trinta e quatro reais e trinta e nove centavos), que, atualizado monetariamente, importa em R\$ 251.084,06 (duzentos e cinquenta e um mil, oitenta e quatro reais e seis centavos), consoante se infere dos termos da anexa memória de cálculo. Tal valor, embora reconhecido expressamente pelo Executado, não foi, até o momento, pago ao ora Exeqüente, somente lhe restando socorrer-se do Poder Judiciário para que possa efetivamente recebê-lo".

6. Evidenciado que as ações, embora em procedimentos diferentes, têm por escopo o mesmo pedido: pagar os valores retroativos fixados na portaria concessora da anistia.

7. Sendo a litispendência matéria de ordem pública, o presente processo deve, dessarte, ser extinto sem resolução de mérito por força do art. 267, V, do CPC.

8. Petição (fls. 547-553) recebida como Embargos de Declaração, acolhidos para extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 267, V, do CPC)."

(PET no MS 20.638/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LITISPENDÊNCIA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF.

1. À luz do disposto no art. 301, §§ 2º e 3º, do CPC, há litispendência quando se repete ação que está em curso, sendo uma ação idêntica à outra, com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

2. Reconheceu-se a identidade de ações (Mandado de Segurança 1998.002498-6 736-1 e Ação Ordinária 023.01.055418-4) pelo Tribunal a quo por terem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. O acolhimento das alegações deduzidas no Especial, quanto à existência ou não de litispendência, enseja incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Não satisfaz o requisito do prequestionamento a mera referência pelo Tribunal de origem de que consideraria prequestionados os dispositivos legais tidos por malferidos. Precedentes da Turma. São aplicáveis os óbices das Súmulas 211/STJ e 282/STF (REsp 929.737/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 3/9/2007).

4. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no AREsp 118.237/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 31/05/2013)

Destarte, é o caso de se reconhecer a litispendência parcial entre estes autos e os de nº 0010791-68.2007.4.03.6109, extinguindo-se o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em relação ao período anterior à vigência da Lei nº 12.973/14, mantendo-se o julgamento para o período posterior.

Quanto ao mérito, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTOS - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a circulação de mercadoria - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los aos seus efetivos sujeitos ativos, quais sejam, o Estado-membro e o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

No que concerne o fenômeno da repercussão, estampado no artigo 166, do Código Tributário Nacional, essa E. Terceira Turma já se pronunciou, indicando pela necessidade da União demonstrar a ocorrência de tal fenômeno quanto ao PIS e a COFINS. Confira-se:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE.

[...]

3. Consignou o acórdão, ademais, que "Tampouco cabe cogitar de inviabilidade da pretensão à luz do artigo 166 do Código Tributário Nacional, considerando a jurisprudência firme e reiterada do Superior Tribunal de Justiça".

4. Concluiu-se que "A COFINS e o PIS podem, a depender do caso concreto, se caracterizar como tributos diretos ou indiretos. O ônus da prova do repasse a terceiro cabe à União Federal, que dele não se desincumbiu nos autos".

[...]

7. Embargos de declaração rejeitados."

Assim a tese que prevalece nesta Terceira Turma é a de que o caso concreto é que vai delimitar a PIS e a COFINS como tributos diretos ou indiretos, cabendo a União demonstrar que na situação presente se caracteriza como indireto, ônus que não se desincumbiu.

No que tange à condenação dos honorários advocatícios, deve-se levantar as seguintes considerações: um pleito formulado é de natureza declaratória, no que se refere aos efeitos prospectivos, para afastar a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS; o outro pedido tem natureza condenatória, ao requerer que a União seja condenada a devolver os valores recolhidos indevidamente pelo contribuinte, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Sendo assim, o pedido condenatório pode ser aferido através da liquidação, porém o pleito de cunho declaratório, repita-se, por ter efeitos que se protraem futuramente, torna-se de mensuração do proveito econômico impossível, razão pela qual a condenação em honorários advocatícios deve ser fixada com base no valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:” grifei.

No caso dos autos, a matéria de mérito tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado em relação ao pedido reconhecido em favor da autora. Reforce-se que também fora vencida em parte, haja vista a ocorrência de litispendência parcial, mas que, da mesma forma, não exigiu um trabalho de grande monta da apelante.

Neste diapasão, é de rigor a condenação de ambas as partes nos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.

Ante o exposto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** o recurso de apelação interposto e, na parte conhecida **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Entendo que o fato do primeiro *writ* ter sido impetrado antes das alterações trazidas pela Lei nº 12.973/14 não impacta no reconhecimento da litispendência.

A conclusão relativa à incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não sofre alteração em razão das alterações propostas pela Lei nº 12.973/14.

Tanto assim que decorre dos provimentos judiciais que determinam a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS a possibilidade de compensação nos 05 (cinco) anos anteriores à data da propositura da ação (prescrição quinquenal), independentemente do lapso prescricional resultar em data anterior à edição da Lei nº 12.973/14.

O principal fundamento que embasa a não incidência do ICMS nas bases de cálculo de ditas contribuições é a parcela dos tributos não corresponderem à receita.

Esta foi a conclusão do C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, que reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Logo, não guarda pertinência qualquer novidade imposta pela Lei nº 12.973/14, razão pela qual concluo que há de ser reconhecida a litispendência da presente ação com o Mandado de Segurança nº 0010791-68.2007.4.03.6109.

Ante o resultado da lide, condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo nos percentuais mínimos previstos no § 3º do art. 85 do CPC sobre o valor atribuído à causa.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA.

É o voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente a ação ordinária ajuizada por **Ajinomoto do Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.**

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto somente quanto à fixação da verba honorária, que deve ser mantida nos termos fixados na r. sentença, aplicando-se o disposto no art. 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil, uma vez que a parte contribuinte sucumbiu em parte mínima, tão somente quanto ao reconhecimento de litispendência parcial até a entrada em vigor da Lei n.º 12.973/14.

Ante o exposto, divirjo do e. relator apenas quanto à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA. RAZÕES DISSOCIADAS. CONHECIMENTO PARCIAL. LITISPENDÊNCIA PARCIAL. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO NESTA PARTE. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPROVAÇÃO DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA. ART. 166. DESNECESSIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se conhece da parte do recurso de apelação no que se refere à questão das formas de compensação, unicamente após o trânsito em julgado da demanda, observada a prescrição quinquenal, não podendo ser realizada com as contribuições previdenciárias, haja vista que não fora sucumbente nesta parte.
2. Outra tese preliminar que não deve ser conhecida se refere à impetração de mandado de segurança contra lei em tese, por se tratar de razão dissociada, haja vista que se trata de ação ordinária.
3. Pela análise dos autos verifica-se a ocorrência da litispendência parcial entre os presentes autos e o mandado de segurança de nº 0010791-68.2007.4.03.6109.

4. Em relação às partes, verifica-se que nas ações acima citadas têm-se a União e a sociedade empresária de CNPJ nº 46.344.354/0001-54, que tem como razão social Ajinomoto do Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. nestes autos e Ajinomoto Biolatina Indústria e Comércio Ltda. naquele mandado de segurança. Apesar da razão social diversa, a inscrição perante o órgão fazendário se manteve a mesma, demonstrando se tratar da mesma parte.
5. Quanto ao pedido, infere-se que em ambos os autos é o de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores recolhidos indevidamente.
6. Resta a análise da causa de pedir. Nos presentes autos este critério identificador se demonstra como a ausência de natureza de receita do ICMS, razão pela qual sobre tal parcela não pode incidir o PIS e a COFINS, mesma causa de pedir da ação de nº 0010791-68.2007.4.03.6109.
7. Ocorre que um ponto difere da causa de pedir destes autos, do quanto delimitado no mandado de segurança acima mencionado, qual seja, a edição da Lei nº 12.973/14, sendo certo que pelo ingresso no mundo jurídico dessa nova norma, a autoridade tributária resistirá a utilização da decisão proferida naquela demanda, caso procedente e, portanto, configurada a necessidade de pronunciamento jurisdicional quanto ao tema, tomando-se o critério diferenciador, devendo ser reconhecida a litispendência parcial.
8. Destarte, é o caso de se reconhecer a litispendência parcial entre estes autos e os de nº 0010791-68.2007.4.03.6109, extinguindo-se o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em relação ao período anterior à vigência da Lei nº 12.973/14, mantendo-se o julgamento para o período posterior.
9. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
10. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
11. No que concerne o fenômeno da repercussão, estampado no artigo 166, do Código Tributário Nacional, essa E. Terceira Turma já se pronunciou, indicando pela necessidade da União demonstrar a ocorrência de tal fenômeno quanto ao PIS e a COFINS.
12. Assim a tese que prevalece nesta Terceira Turma é a de que o caso concreto é que vai delimitar a PIS e a COFINS como tributos diretos ou indiretos, cabendo a União demonstrar que na situação presente se caracteriza como indireto, ônus que não se desincumbiu.
13. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, deve-se levantar as seguintes considerações: um pleito formulado é de natureza declaratória, no que se refere aos efeitos prospectivos, para afastar a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS; o outro pedido tem natureza condenatória, ao requerer que a União seja condenada a devolver os valores recolhidos indevidamente pelo contribuinte, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.
14. Sendo assim, o pedido condenatório pode ser aferido através da liquidação, porém o pleito de cunho declaratório, repita-se, por ter efeitos que se protraem futuramente, torna-se de mensuração do proveito econômico impossível, razão pela qual a condenação em honorários advocatícios deve ser fixada com base no valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.
15. No caso dos autos, a matéria de mérito tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado em relação ao pedido reconhecido em favor da autora. Reforce-se que também fora vencida em parte, haja vista a ocorrência de litispendência parcial, mas que, da mesma forma, não exigiu um trabalho de grande monta da apelante.
16. Neste diapasão, é de rigor a condenação de ambas as partes nos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.
17. Recurso de apelação conhecido em parte e, na parte conhecida, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, conheceu parcialmente da apelação e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Des. Fed. ANTONIO CEDENHO e CECILIA MARCONDES., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012166-94.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESCALE SEO MARKETING DIGITAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO MANSSUR SANTAROSA - SP378119-A, DANIELA DALFOVO - SP241788-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012166-94.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESCALE SEO MARKETING DIGITAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO MANSSUR SANTAROSA - SP378119, DANIELA DALFOVO - SP241788

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Escale Seo Marketing Digital Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda.

A apelante alega, em síntese, que o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN, bem como em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à tese da apelante.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Marcela Moraes Peixoto, opinou pelo desprovimento do recurso de apelação e pela manutenção da r. sentença.

Intimada a comprovar a condição de credora, a impetrante, ora apelada, juntou comprovantes de recolhimento dos tributos em debate.

Aberta vista à União, esta afirmou pela impossibilidade de comprovação da condição de credora neste momento processual.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012166-94.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESCALE SEO MARKETING DIGITAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO MANSSUR SANTAROSA - SP378119, DANIELA DALFOVO - SP241788

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Preliminarmente, quanto à alegada impossibilidade de juntada dos comprovantes de recolhimento dos tributos neste momento processual, aventada pela União, após a devida comprovação pelo contribuinte, devem ser traçadas as seguintes considerações.

O atual Código de Processo Civil tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda e, como no caso dos autos se trata de mandado de segurança, no qual é certo que ausência da juntada da prova pré-constituída acarretaria no julgamento sem resolução do mérito, entende-se plenamente possível a juntada de tal documentação neste momento processual. De mais a mais, tal fato não acarreta nenhum prejuízo à defesa da administração pública.

Passando-se à análise do mérito propriamente dito, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

“TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.”

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que “a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento” (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido.”

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.
2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.
3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.
4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 10.08.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela União Federal contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Escale Seo Marketing Digital Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistematização dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.
2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).
3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.
4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.
5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).
6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.
7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.
8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, dirijo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à remessa oficial e apelação da União, para o fim de determinar a inclusão da incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins nos recolhimentos doravante efetuados, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. JUNTADA DE COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. O atual Código de Processo Civil tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda e, como no caso dos autos se trata de mandado de segurança, no qual é certo que ausência da juntada da prova pré-constituída acarretaria no julgamento sem resolução do mérito, entende-se plenamente possível a juntada de tal documentação neste momento processual. De mais a mais, tal fato não acarreta nenhum prejuízo à defesa da administração pública.

2. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

3. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

6. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

7. Reexame necessário e recurso de apelação, desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000724-19.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INOXCVA COMERCIO E INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS CRIOGENICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO OLIVEIRA COSTA - SP253005-A, ANA LETICIA INDELICATO PALMIERI - SP316635-A, LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERA VOLO LAGUNA - SP182696-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000724-19.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INOXCVA COMERCIO E INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS CRIOGENICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO OLIVEIRA COSTA - SP253005-A, ANA LETICIA INDELICATO PALMIERI - SP316635-A, LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERA VOLO LAGUNA - SP182696-A

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Inoxcva Comércio e Indústria de Equipamentos Criogênicos Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tais parcelas não se caracterizam como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda, nada declarado acerca da impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias.

A apelante alega, em síntese, que:

a) deve ser suspenso o julgamento da presente demanda, haja vista que o RE nº 574.706 ainda não transitou em julgado, restando pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, pretendendo a modulação de efeitos;

b) o ICMS e o ISSQN caracterizam-se como receita e, por essa razão, devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ICMS e de ISSQN.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do E. Procurador Regional da República, Sérgio Lauria Ferreira, opinou pelo desprovimento do recurso de apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000724-19.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INOXCVA COMERCIO E INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS CRIOGENICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO OLIVEIRA COSTA - SP253005-A, ANA LETICIA INDELICATO PALMIERI - SP316635-A, LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSUR - SP176943-A, THIAGO CERA VOLO LAGUNA - SP182696-A

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Preliminarmente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

Quanto ao mérito, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquelas parcelas, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro ou Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS e do ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro e o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS e o ISS são impostos indiretos nos quais o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a circulação de mercadorias ou a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS e do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 08.03.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.
7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."
9. Entremetas, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.
13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."
14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).
15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO . TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDCI no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto; e, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário, unicamente para impossibilitar que a compensação se proceda com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela União contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Inoxva Comércio e Indústria de Equipamentos Criogênicos Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, dirijo do entendimento manifestado para DAR PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União, para manter a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins, acompanhando quanto ao mais, no termos da fundamentação.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
7. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava parcial provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000320-45.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HERMES CONSULTORIA E REPRESENTACOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO SERGIO UCHOA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO - SP180623

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000320-45.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HERMES CONSULTORIA E REPRESENTACOES LTDA

Advogado do(a) APELADO: PAULO SERGIO UCHOA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO - SP180623

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Hermes Consultoria e Representações Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda, nada declarando sobre a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07.

A apelante alega, em síntese, que:

a) o ISSQN caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa no caixa da apelada a título de ISSQN, bem como em julgamento sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à tese da apelante;

b) a compensação pretendida não pode ser realizada com as contribuições previdenciárias.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do E. Procurador Regional da República, José Leonidas Bellem de Lima, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELADO: HERMES CONSULTORIA E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) APELADO: PAULO SERGIO UCHOA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO - SP180623

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Embora tenha ocorrido o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.

Assim, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, **o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.** COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) grifei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse-se que o RE nº 240.785/MG encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.
2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ISSQN e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 14.03.2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumpra ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDCI no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDCI no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "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.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação e ao reexame necessário, unicamente para impossibilitar que a compensação se proceda com as contribuições previdenciárias, nos termos do artigo 26, da Lei nº 11.457/07, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES. Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela União Federal contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por Hermes Consultoria e Representações Ltda.

Adoto o relatório do eminente Relator.

Peço vênia ao e. Relator para divergir do voto quanto à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas contribuições.

- Da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

Neste contexto, cumpre consignar que a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi apreciada pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, ocasião em que foi firmada a Tese nº 634, assim redigida: "O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS".

Transcrevo a ementa do julgado em questão:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.
4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.
5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).
6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.
7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.
8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

No julgado paradigmático em questão, o Superior Tribunal de Justiça afastou as teses de ofensa aos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional e firmou entendimento no sentido de que o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS/ISSQN) compõe o conceito de receita bruta ou faturamento, de forma a integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. Restou salientado no precedente em tela que, para fins de definição do conceito de receita ou faturamento, deve-se levar em conta o valor desembolsado pelo beneficiário da prestação, e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISS.

Pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal também tem precedentes em que considera equivalentes os conceitos de receita bruta e faturamento para fins de definição da base de cálculo do PIS e da Cofins, por considerar que ambos constituem a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Neste sentido, o julgado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. TAXAS E COMISSÕES PAGAS ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE DÉBITO. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO. TOTALIDADE DOS VALORES AUFERIDOS COM A VENDA DE MERCADORIAS, DE SERVIÇOS OU DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Para fins de definição da base de cálculo para a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, a receita bruta e o faturamento são termos sinônimos e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, ou seja, é a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 816363 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 14-08-2014 PUBLIC 15-08-2014)

Desta forma, enquanto não estabelecidos pela Suprema Corte, nos autos do RE nº 592.616, os parâmetros definitivos para análise específica do tema (inclusão ou não do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins), há que prevalecer o entendimento sufragado pelo STJ no REsp nº 1.330.737/SP. Com efeito, impende frisar que se trata de precedente julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, o que impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Ante o exposto, com a devida vênia, divirjo do entendimento manifestado pelo e. Relator para dar provimento à remessa oficial e apelação da União, para o fim de determinar a inclusão da incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins nos recolhimentos doravante efetuados, nos termos da fundamentação.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Preliminarmente, em que pese o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos realizado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legalidade da incidência do PIS e da COFINS sobre a parcela relativa ao ISSQN, conforme se verificará no presente voto, a questão a ser tratada antecede a análise da legalidade, sendo certo que o vício combatido paira sob a constitucionalidade de tal exação, razão pela qual não se trata de afronta ao quanto decidido por aquela Corte Superior. Por outro lado, trata-se de situação que visa respeitar o entendimento exarado pela Corte Suprema quanto ao tema.
2. Assente-se que, tanto o RE 574.706/PR quanto o 240.785/MG foram julgados pelo Pleno do A. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nesses acórdãos foi sufragado que um tributo não detém a natureza jurídica de receita, tornando plenamente inaplicável o incidente de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida no conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
7. Recurso de apelação e reexame necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencida a Des. Fed. CECILIA MARCONDES que lhes dava provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015986-54.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento oposto pela NESTLÉ BRASIL LTDA., em sede de execução fiscal, contra r. decisão que acolheu a manifestação de recusa do exequente quanto à indicação de seguro-garantia e deferiu a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira da empresa executada.

Na hipótese, apresentada apólice de seguro para fins de garantia da execução, o exequente rejeitou a indicação sob o argumento de que havia óbice para a aceitação, em especial por não observar as disposições da Portaria 440/16. Ponderou o exequente, inclusive, na petição Id. 1832598 da Execução Fiscal nº 5000707-77.2016.4.03.6182, que havia inconsistências na garantia frente à regulamentação legal, bem como o reduzido valor da apólice apresentada em relação ao valor atualizado do débito.

No entanto, a agravante limitou-se a contra-argumentar a rejeição apontada, sem promover alterações na apólice de seguro-garantia (Id. 2251626 – EF 5000707-77.2016.4.03.6182), razão pela qual sobreveio a decisão agravada que indeferiu a indicação diante da recusa manifestada pelo exequente (Id. 3510194 – fls. 03).

Alega a agravante, preliminarmente, cerceamento de defesa em razão da ausência de sua intimação quanto ao indeferimento da indicação da penhora, sem conceder prazo para regularização dos pontos indicados pelo exequente. No mérito, aduz, em síntese, que o fundamento da recusa do INMETRO não pode ser aceito, uma vez que a apólice de seguro-garantia é idônea e atende aos requisitos da Portaria 440/16 – PGF, ocasião em que explicita os motivos para sua aceitação. No mais, defende a idoneidade da garantia ofertada, bem como sustenta não ter desrespeitado a ordem legal de penhora, pleiteando a reforma da decisão agravada

Postergada a análise do pedido de antecipação de tutela.

Contraminutado, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos: Consabido é que a Lei nº 13.043/2014 conferiu nova redação aos artigos 9º, inciso II, e 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais, para incluir o seguro garantia como meio idôneo a assegurar o executivo fiscal e permitir ao executado, em qualquer fase do processo, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

Outrossim, com o advento do Novo Código de Processo Civil - aplicável subsidiariamente à Lei nº 6.830/1980 - restaram equiparados, para fins de substituição da penhora, o dinheiro, a carta de fiança e o seguro garantia. Veja-se:

"Art. 835. § 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento."

Nesse contexto, plenamente cabível a indicação de seguro-garantia para fins de penhora, desde que atendidas as condições previstas nas portarias fazendárias que regem a matéria.

A propósito, em situações análogas, esta Terceira Turma vem entendendo pela possibilidade de substituição de dinheiro por segura-garantia. Veja-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INDICAÇÃO DE BEM À PENHORA - SEGURO GARANTIA - LEI 13.043/17 - ART. 9º, LEI 6.830/80 - PENHORA ELETRÔNICA DE ATIVOS FINANCEIROS - NOMEAÇÃO INTEMPESTIVA - ART. 8º, LEF - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA - ART. 15, I, LEF - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.

1.Registre-se que a decisão agravada foi proferida sob a égide do CPC/73.

2. Conquanto a execução se realize no interesse do credor (art. 612, CPC/73 - art. 797, CPC/2015), esse princípio é conjugado com o da menor onerosidade (art. 620, CPC/73 - art. 805, CPC/2015).

3.Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia foi incluído no rol das garantias elencadas no art. 9º, da Lei de Execuções Fiscais, verbis: "Art. 9º - Em garantia da execução , pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: (...) II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia ;" (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

4.Também alterado pela Lei nº 13.043/14, o art. 15 da Lei nº 6.8030/80 recebeu a seguinte redação: "Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo JuizI - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia ;e" (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

5.Não há óbice ao recebimento do seguro garantia para garantia da execução , consoante legislação supra mencionada.

6.O Novo CPC pôs pá de cal sobre o assunto ao conferir o mesmo status e ordem de preferência à penhora de dinheiro, à fiança bancária e ao seguro garantia. Trata-se do art. 835, §2º, do CPC/15: "§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento".

7.Não há óbice à substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia, independentemente da aquiescência do exequente, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas nas portarias da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, regentes da matéria.

8.A teor do disposto no art. 8º, caput, Lei nº 6.830/80, o executado tem no prazo de 5 (cinco) dias para pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, a partir da citação. No caso, a agravante foi citada em 24/7/2015 (fl. 34), tendo oferecido o seguro garantia somente em 18/8/2015 (fl. 35), portanto, a destempe do prazo legal, transferindo a prerrogativa de indicação de bens ao exequente. Todavia, nada impede que a executada, nos termos do art. 15, I, Lei nº 6.830/80, requeira a substituição da penhora de dinheiro pelo seguro garantia.

9. Agravo de instrumento provido.”

(AI 00097772820164030000, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:) (grifei)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. SEGURO-GARANTIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, ART. 835, § 2º. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do § 2º do artigo 835 do Código de Processo Civil de 2015 - diploma legal aplicável subsidiariamente à Lei n. 6.830/1980, que rege as execuções fiscais -, "para fins de substituição da penhora, **equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento**".

2. Precedente da Turma: AI n. 0005178-46.2016.4.03.0000.

3. Agravo desprovido.”

(AI 00229545920164030000, Voto Condutor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:) (grifei)

Muito embora a legislação busque resguardar o interesse do credor (artigo 797 do NCPC), não tem lugar impor ao devedor gravame desarrazoado, circunstância que estará presente quando, deparando-se com mais de uma forma hábil a tutelar o crédito, optar-se por aquela que possa redundar em consequências mais severas às suas atividades (artigo 805 do NCPC). No caso em apreço, a menor onerosidade do seguro garantia frente à penhora em dinheiro ressoa evidente.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015986-54.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de executivo fiscal no qual foi rejeitada a indicação de apólice de seguro-garantia à penhora em razão da expressa discordância do exequente.

Primeiramente, afasto a alegada nulidade por cerceamento de defesa, uma vez que a agravante foi devidamente intimada dos apontamentos realizados pelo exequente quanto à garantia apresentada, no entanto, limitou-se a rebater os argumentos sem promover efetiva modificação na apólice de seguro-garantia que justificasse concessão de novo prazo para regularização. Diante da postura adotada pela agravante, o d. magistrado não teve outra alternativa senão rejeitar a apólice ofertada, visto que o exequente já havia recusado a apólice na forma como apresentada.

Quanto ao mérito, outra sorte não assiste à agravante. Vejamos.

Há posição firmada na E. Corte Superior, julgado submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, de que é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF, além dos arts. 655 e 656 do CPC73, mediante a recusa (*REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009*). O mesmo entendimento deve ser extensivo à nomeação de bens, uma vez que a preferência legal da penhora deve ser sempre observada.

A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o "dinheiro" exsurge com primazia.

O C. Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado de que, mesmo após a publicação da Lei n. 13.043/2014, o seguro-garantia não possui o mesmo *status* que o depósito em dinheiro. Confira:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE DINHEIRO. PRETENSÃO DE SUA SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA. GARANTIAS DE NATUREZAS DIVERSAS. ACÓRDÃO PARADIGMA: ERESp. 1.077.039/RJ, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, REL. P/ACÓRDÃO MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 12.04.2011. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL QUE SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. SÚMULA 168 DO STJ. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO E AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A egrégia 1a. Seção desta Corte Superior, ao julgar o ERESp. 1.077.039/RJ, de Relatoria do eminente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, sendo Relator para o Acórdão o ilustre Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 09.02.2011, consolidou o entendimento de que a penhora de dinheiro e a fiança bancária não possuem o mesmo status, de maneira que a substituição da penhora não deve ocorrer de forma automática; essa substituição somente é admissível em casos de grande especificidade, o que não ocorre na hipótese vertente.

2. Dessa forma, não estando configurada a divergência jurisprudencial, impõe-se a incidência da Súmula 168 do STJ, que dispõe que não cabem Embargos de Divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

3. A admissão dos Embargos de Divergência reclama a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelhem os casos confrontados, bem como pela juntada de certidão ou de cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, a citação do repositório oficial de jurisprudência que o publicou, o que não ocorreu na espécie.

4. Agravo Regimental desprovido, em face dos óbices procedimentais apontados.” – g.m.

(AgRg nos EAREsp 415.120/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 27/05/2015)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BENS PENHORÁVEIS. ORDEM LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DEPÓSITO EM DINHEIRO. SEGURO-GARANTIA. ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1. O Tribunal a quo manteve decisão que autorizou a substituição de depósito judicial por seguro-garantia, com base em precedente segundo o qual o art. 15, I, da Lei 6.830/1980 permite que a penhora possa ser substituída, sem anuência do credor, quando o bem oferecido for dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia.

*2. Conforme definido pela Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, é possível rejeitar pedido de substituição da penhora quando descumprida a ordem legal dos bens penhoráveis estatuída no art. 11 da LEF, além dos arts. 655 e 656 do CPC, mediante a recusa justificada da exequente (*REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/8/2009*).*

3. Por outro lado, encontra-se assentado o entendimento de que fiança bancária não possui o mesmo status que dinheiro, de modo que a Fazenda Pública não é obrigada a sujeitar-se à substituição do depósito (AgRg nos EAREsp 415.120/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 27/5/2015; AgRg no REsp 1.543.108/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/9/2015; REsp 1.401.132/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/11/2013).

4. A mesma ratio decidendi deve ser aplicada à hipótese do seguro-garantia, a ela equiparado no art. 9º, II, da LEF. A propósito, em precedente específico, não se admitiu a substituição de depósito em dinheiro por seguro-garantia, sem concordância da Fazenda Pública (AgRg no AREsp 213.678/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2012).

5. Não consta, no acórdão recorrido, motivação pautada em elementos concretos que justifiquem, com base no princípio da menor onerosidade, a exceção à regra.

6. Recurso Especial provido.” – g.m.

(REsp 1.592.339/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 1º/6/2016)

Diante de tais considerações, entendo que o exequente não é obrigado a aceitar a apólice de seguro-garantia ofertada, particularmente justificada sua recusa em atendimento à estrita legalidade das normas às quais está vinculado.

Nesse sentido é o entendimento já consolidado do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA DA EXEQUENTE DE BEM INDICADO À PENHORA. ORDEM LEGAL. POSSIBILIDADE. ART. 655 DO CPC. ART. 11 DA LEF. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMADA EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RESP. 1.337.790/PR, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 07.10.2013. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACENJUD. DECISUM PROFERIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.382/06. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DE OUTROS BENS DO DEVEDOR. ENTENDIMENTO FIRMADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC: RESP. 1.184.765/PA, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 03.12.2010 E RESP. 1.112.943/MA, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJE 23.11.2010. AGRAVO REGIMENTAL DE PETROLUZ DISTRIBUIDORA DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a Fazenda Pública, de forma fundamentada, pode recusar a nomeação de bens à penhora, quando fundada na inobservância da ordem legal, tal como ocorreu no caso dos autos. Orientação reafirmada no REsp. 1.337.790/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 07.10.2013, representativo da controvérsia, segundo o qual cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal, sendo dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

2. A Primeira Seção desta Corte, em recurso representativo de controvérsia (REsp. 1.184.765/PA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03.12.2010), seguindo orientação da Corte Especial deste STJ no julgamento do REsp. 1.112.943/MA, também realizado sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ, julgado em 15.09.2010, da relatoria da ilustre Ministra NANCY ANDRIGHI, firmou o entendimento de que o bloqueio de dinheiro ou aplicações financeiras, na vigência da Lei 11.382/2006, que alterou os arts. 655, I, e 655-A do CPC, prescinde da comprovação, por parte do exequente, do esgotamento de todas as diligências possíveis para a localização de outros bens, antes do bloqueio on-line, porquanto os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC).

3. Agravo Regimental de Petroluz Distribuidora desprovido.” – g.m.

(AgRg no REsp 1150151/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 08/08/2014)

Outro não é o posicionamento desta E. Corte:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM LEGAL DE PREFERÊNCIA. DINHEIRO. BACENJUD.

1. *Infundada a alegação de cerceamento de defesa, pois a iniciativa do devedor de nomear bens à penhora enseja a impugnação do credor, sem que tenha previsão legal qualquer fase de ciência ou manifestação para contraditar tal manifestação fazendária que, no caso, decorre de descumprimento da ordem legal de preferência, ainda que outras alegações tenham sido acrescidas. A defesa contra eventual ilegalidade de tal recusa, acolhida perante o Juízo a quo, é exercida com a interposição de recurso, como interposto foi no caso dos autos, demonstrando que foi regularmente observado o devido processo legal, sem qualquer prejuízo à ampla defesa do devedor.*

2. Quanto ao mérito discutido nos autos, firme a jurisprudência da Corte Superior em respaldar a recusa fazendária ao oferecimento de seguro garantia em detrimento da penhora de dinheiro, através do sistema BACENJUD.

3. Não se trata de preferência sugestiva ou facultativa, mas, ao contrário, de ordem legal expressa, sequer alterada, em detrimento do dinheiro, com a edição da Lei 13.043/2014, que não alterou o artigo 11 da LEF, mas apenas outros dispositivos legais.

4. *A alteração no inciso II do artigo 7º apenas previu que, além do pagamento ou da garantia mediante depósito em dinheiro ou fiança, fosse admitida, a partir da Lei 13.043/2014, o "seguro garantia" como forma de prejudicar a penhora de bens. Por sua vez, no inciso II do artigo 9º apenas restou acrescida a possibilidade de o devedor ofertar, em garantia, além da fiança bancária prevista originariamente, o "seguro garantia"; enquanto que o respectivo § 3º apenas tratou de equiparar o depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia à penhora de outros bens. Também a alteração na redação do inciso I do artigo 15 apenas permitiu a substituição da penhora preexistente por dinheiro, fiança bancária ou "seguro garantia".*

5. As alterações promovidas pela Lei 13.043/2014 ampliaram, pois, possibilidades em favor do executado, mas nenhuma delas revogou a preferência legal estatuída no artigo 11, LEF, e, pelo contrário, foi reforçado o entendimento de que o dinheiro, para todos os efeitos legais, continua a ser o bem preferencial na garantia da execução fiscal, em conformidade, de resto, com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

6. *Agravo de instrumento desprovido.* – g.m.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 584931 - 0013230-31.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 08/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/09/2016)

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO GARANTIA. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 11 DA LEF. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Em sede de execução fiscal a garantia do Juízo far-se-á com observância ao disposto no artigo 11 da Lei 6.830/80, dispositivo legal em que se estabelece ordem de preferência dos bens suscetíveis de penhora, tendo por parâmetro a liquidez dos bens lá elencados. Apesar do respeito ao princípio da menor onerosidade ao devedor, confere-se ao exequente o direito de escolher o bem que melhor e mais rapidamente irá permitir a satisfação de seu crédito.

- *O seguro garantia tem a finalidade de assegurar a satisfação do crédito exequendo e, nos termos do § 3º do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, produz os mesmos efeitos da penhora. Em que pese ser possível o oferecimento de seguro garantia para a garantia do Juízo, sua aceitação exige o cumprimento de certos requisitos.*

- *Não obstante a execução seja pautada no princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC), deve-se levar em conta a todo o momento que a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.*

- *Cuidou o artigo 835 do CPC de estabelecer, portanto, uma ordem preferencial para a realização da penhora, visando permitir a eficiência do procedimento de cobrança. Também a Lei 6.830/80 (art. 9º e art. 11) estabelece uma ordem para a nomeação de bens à penhora, sendo certo que, malgrado não conste o termo "preferencial", estabelece em seguida (art. 15, I) a possibilidade de a exequente pleitear a qualquer tempo a substituição dos bens independentemente da ordem em que se apresentar.*

- *Cotejando os artigos supracitados, conclui-se que a exequente não se encontra obrigada a aceitar a nomeação de bens que, a despeito de figurarem em melhor localização no elenco do art. 11 citado, não ostentam a necessária liquidez.*

- *Existindo bens outros livres e desembaraçados, portanto, é de rigor o acatamento da recusa pela exequente daqueles nomeados pela executada, o que se faz em harmonia com o comando do artigo 797 do NCPC (art. 612 do CPC/1973).*

- Rejeitada a alegação da agravante quanto ao cerceamento de defesa. A r. decisão agravada indeferiu o seguro garantia ofertado com fulcro no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, e não em razão de eventuais irregularidades na apólice apresentada. Em outras palavras, o seguro garantia ofertado foi indeferido não em função de sua desconformidade com a Portaria que o rege, mas por ser direito do credor recusar o bem oferecido à penhora quando a ordem prevista no referido artigo não é respeitada.

- Por outro lado nada impede que, nos termos do art. 15, II, LEF, seja deferida à Fazenda Pública a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11 da referida lei, caso haja interesse da credora. Neste esboço a parte agravante pode sanar as irregularidades presentes na apólice do seguro garantia e apresentá-la novamente à parte agravada para eventual análise de aceitação.

- Agravo de instrumento não provido.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 591488 - 0021216-36.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/12/2017)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE SEGURO-GARANTIA. RECUSA PELA EXEQUENTE. ORDEM LEGAL DO ART. 11 DA LEF. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DA EXEQUENTE EM ACEITAR OS BENS OFERTADOS PELA EXECUTADA. AFRONTA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. AGRADO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Muito embora a execução deva ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 620 do CPC/1973, então aplicável ao tempo da decisão agravada), a lei processual também agasalha o princípio de que "realiza-se a execução no interesse do credor" (art. 612). Tais princípios encontram-se atualmente previstos pelos artigos 797 e 805 do CPC/2015, respectivamente.

- Desrespeitada a ordem legal estabelecida pelo Art. 11 da LEF, será ineficaz a nomeação de bens feita pelo devedor; salvo com a concordância expressa do credor; conforme dispõe o Art. 656, I, do CPC/1973. É de se ressaltar que a própria LEF, no inciso II, do seu artigo 15, assegura à Fazenda Pública a prerrogativa da substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente, não havendo, pois, como obrigar a exequente a aceitar os bens ofertados pela executada e, ainda, avaliados unilateralmente.

- Registro, por necessário, que a decisão agravada, ao indeferir o pedido de transferência do seguro-garantia acostado à ação cautelar de caução n. 0000904-67.2015.4.03.6113 e acolher o pedido da exequente de penhora de valores depositados nos autos do mandado de segurança n. 0000329-69.2009.4.03.6113 como garantia, não desrespeitou a coisa julgada, como pretende a agravante. É que a sentença proferida na ação cautelar de caução considerou a insuficiência do seguro-garantia para atender o valor total cobrado no executivo fiscal. Diante disso, julgou o feito apenas parcialmente procedente, para o fim exclusivo de permitir que o seguro-garantia fosse utilizado para cobrir a diferença entre o montante cobrado no executivo fiscal de origem e o valor penhorado nos autos do mandado de segurança em que a devedora tinha importâncias a receber.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 562705 - 0017662-30.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 16/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/08/2016)

No que tange ao princípio da menor onerosidade, assim como qualquer outro princípio vigente no ordenamento jurídico, não tem aplicabilidade absoluta. Logo, os interesses devem ser analisados e sopesados em cada caso concreto e, diante da fundamentação acima exposta, entendo que, no caso em apreço, prevalece o interesse do credor na busca da satisfação de seu crédito, especialmente quando o interesse contraposto do executado trata-se de interesse público, que merece idêntica proteção.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É como voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de execução fiscal na qual foi rejeitado seguro-garantia ofertado à penhora haja vista discordância da exequente.

Adoto o relatório da eminente Relatora.

Contudo, peço vênia para divergir no tocante ao indeferimento da oferta do seguro garantia e consequente determinação de bloqueio via BACENJUD.

A execução fiscal representa um procedimento diferenciado de cobrança, voltado à arrecadação de receitas condicionantes das necessidades coletivas.

No entanto, o artigo 805 do Código de Processo Civil estipula a regra de que, quando possível, a execução deve se dar do modo menos gravoso para o devedor.

A nomeação e a substituição dos bens penhorados constituem um dos privilégios da Fazenda Pública, mas a vontade do sujeito passivo será decisiva se o bem oferecido corresponder a depósito pecuniário, fiança bancária ou seguro garantia.

Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia foi incluído no rol das garantias elencadas no artigo 9º, da Lei de Execuções Fiscais, *verbis*:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

§ 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2º Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária, do seguro garantia ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 3º A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 4º - Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

§ 5º - A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 6º - O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor.

Também alterado pela Lei nº 13.043/14, o artigo 15, da Lei nº 6.803/80 recebeu a seguinte redação:

Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Por fim, o novo Código de Processo Civil conferiu o mesmo *status* e ordem de preferência à penhora de dinheiro, à fiança bancária e ao seguro garantia, nos termos do artigo 835, §2º, *verbis*:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

(...)

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

Portanto, não há óbice à nomeação à penhora de seguro garantia, independentemente da aquiescência do exequente, desde que atendidas as condições formais específicas, atualmente previstas na Portaria PGF nº 440/2016, que dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

Art. 6º A aceitação do seguro garantia, prestado por seguradora idônea e devidamente autorizada a funcionar no Brasil, nos termos da legislação aplicável, fica condicionada à observância dos seguintes requisitos, que deverão estar expressos nas cláusulas da respectiva apólice:

I - o valor segurado deverá ser igual ao montante original do débito executado com os encargos e acréscimos legais, devidamente atualizado pelos índices legais aplicáveis aos débitos inscritos em dívida ativa;

II - previsão de atualização do débito garantido pelos índices aplicáveis aos débitos inscritos em dívida ativa;

III - manutenção da vigência do seguro, mesmo quando o tomador não pagar o prêmio nas datas convenionadas, com base no art. 11, § 1º, da Circular nº 477 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e em renúncia aos termos do art. 763 do Código Civil e do art. 12 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966;

IV - referência ao número da inscrição em dívida ativa e ao número do processo judicial;

V - vigência da apólice de, no mínimo, 2 (dois) anos;

VI - estabelecimento das situações caracterizadoras da ocorrência de sinistro nos termos do art. 8º desta Portaria;

VII - endereço da seguradora;

VIII - cláusula de eleição de foro para dirimir eventuais questionamentos entre a instituição seguradora e a entidade segurada, representada pela Procuradoria-Geral Federal, na Seção ou Subseção Judiciária da Justiça Federal do local com jurisdição sobre a localidade onde foi distribuída a demanda judicial em que a garantia foi prestada, afastada cláusula compromissória de arbitragem.

Parágrafo único. Além dos requisitos estabelecidos neste artigo, o contrato de seguro garantia não poderá conter cláusula de desobrigação decorrente de atos exclusivos do tomador, da seguradora ou de ambos.

Depreende-se dos autos que o valor total da apólice corresponde ao valor atualizado do débito até o momento da sua emissão. Verifica-se, ainda, que, embora haja previsão de emissão de endosso, consta da apólice, em “Condições Especiais”, que o valor segurado será atualizado pelos índices legais aplicáveis aos débitos inscritos em DAU (*Fica assegurada a atualização monetária do valor da garantia de acordo com o índice de atualização aplicável ao débito inscrito em DAU, ou outro índice que legalmente o vier a substituir*) e, em “Condições Particulares”, a atualização pela SELIC (*Ao contrário do disposto no item 3.1 das Condições Especiais desta apólice, fica assegurada a atualização monetária do valor da garantia de acordo com a SELIC ou outro índice que legalmente o vier substituí-lo, aplicável ao débito inscrito em dívida ativa no âmbito da Procuradoria-Geral Federal*).

Ou seja, a apólice foi emitida no valor dos débitos à época da emissão, estando prevista a forma correta de atualização monetária, não configurando óbice à sua nomeação à penhora a previsão de emissão de endosso pela Seguradora.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU ADEQUAÇÃO DE CLÁUSULAS DE SEGURO-GARANTIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ALTERAÇÃO. ENDOSSO. PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO. SUBSTITUIÇÃO EFETIVA POR OUTRA GARANTIA. PORTARIA PGFN Nº 164/2014. CIRCULAR SUSEP 477/2013. CONFIABILIDADE DO TÍTULO ASSECUTATÓRIÃO INFIRMADA, NA ESPÉCIE. RECURSO PROVIDO. 1. Decisão recorrida que concedeu à executada o prazo de 10 dias para "adequar o seguro garantia (...) no que tange à exclusão da exigência de endosso para alteração dos índices legais aplicáveis na correção do montante garantido e da hipótese de extinção da garantia no caso de ser formalizado parcelamento administrativo, sob pena de indeferimento da garantia". 2. A Lei nº 13.043/2014, em seu artigo 73, alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), para equiparar as apólices de seguro garantia às fianças bancárias no âmbito das execuções fiscais para cobrança das dívidas ativas. As alterações da Lei nº 13.043/14 (1) inserem o seguro garantia no rol de garantias expressamente admitidas pela LEF e capazes de evitar a penhora, se tempestivamente oferecidas; (2) estabelecem que o seguro garantia produz os mesmos efeitos da penhora e (3) permitem que o executado substitua a penhora sofrida por seguro garantia em qualquer fase do processo, assim como já ocorre com o depósito judicial e a fiança bancária. 3. A lei atual ampara o seguro garantia como equivalente da penhora, mas não impede que o Fisco discorde da oferta dessa garantia se a mesma infringir normatização que traz certa dose de segurança para o exequente no sentido de que o seguro não é uma quimera ou um "golpe" contra o Poder Público para se obter fantasiosamente a suspensão da exigibilidade do débito exequendo. 4. Na singularidade do caso, o magistrado prolator da decisão determinou a regularização da garantia em dois pontos: (a) a exigência de endosso da seguradora para alteração dos índices legais de correção monetária do valor garantido e (b) a hipótese de extinção da garantia no caso de parcelamento administrativo do débito. 5. A cláusula 4.2 das "condições gerais" invocada como suposto óbice diz respeito ao "valor da garantia", mas quanto a este tópico não há controvérsia; a questão da "atualização dos valores" está disciplinada no item 9 das condições gerais e no item 3 das condições especiais, havendo expressa previsão de atualização monetária pelo mesmo índice aplicável ao débito inscrito em dívida ativa da União. 6. Especificamente quanto aos seguros-garantia ofertados judicialmente em feitos executivos fiscais, a Circular SUSEP nº 477/2013, no Capítulo II, modalidade VII, regula a extinção do seguro garantia, nos casos de parcelamento. 7. A extinção do mencionado seguro, no caso de adesão a parcelamento administrativo, somente ocorrerá quando houver efetiva substituição da garantia por outra e isto, logicamente, após "a análise da suficiência e idoneidade da garantia oferecida em substituição ao seguro garantia (que) será feita pelo Procurador da Fazenda responsável pela execução fiscal, devendo a nova garantia ser apresentada no bojo do processo de execução fiscal" (art. 9º, § 3º, da Portaria PGFN 164/2014). 8. Agravo de instrumento provido.

(AI 00154518420164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO -EXECUÇÃO FISCAL - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA - ART. 15, LEI 6.830/80 - CARTA FIANÇA - SEGURO GARANTIA - ART. 9º, II, LEF - PORTARIA PGFN 164/14 - REQUISITOS - RECURSO IMPROVIDO.

1. Discute-se a substituição da carta de fiança Bancária por Seguro Garantia Judicial.

2. A Lei 13.043/2014 deu nova redação ao art. 9º, II, da Lei nº 6.830/80 para facultar ao executado a possibilidade de "oferecer fiança bancária ou seguro garantia ": Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:(...) II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia ;"

3. A Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), possibilita a substituição requerida: "Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz: I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e".

4. Os artigos 797 e 805, CPC devem ser sopesados e aplicados harmonicamente no processo executivo, sendo que a substituição ora requerida atende ambos os princípios.

5. Quanto ao não preenchimento dos requisitos contidos na Portaria PGFN nº 164/2014, eventuais irregularidades podem ser sanadas pela executada, de modo que conferir ainda mais segurança ao exequente.

6. No tocante ao prazo de validade, cumpre ressaltar que a apólice acostada prevê das condições especiais (fls. 54/55), o valor segurado será atualizado igualmente ao débito inscrito em DAU e o prazo de validade (fl. 48) , de cinco anos, entra-se em consonância com o disposto no art. 3º, VI, alínea "a", Portaria PGFN nº 164/2014 (prazo mínimo de dois anos).

7. Quanto à previsão de endosso, é certo que o instrumento formal, assinado pela seguradora, que introduz modificações na apólice de seguro-garantia, só poderá ser feita com anuência expressa das partes, entre elas a agravante, como segurada.

8. Agravo de instrumento improvido.

(AI 00171432120164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/03/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Desta forma, deve ser aceito o seguro garantia indicado à penhora e, como consequência, não há razão para a decretação ou manutenção do bloqueio de valores via Bacenjud.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para aceitar o seguro garantia ofertado, obstando, como consequência, o bloqueio dos valores via Bacenjud.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INDICAÇÃO DE SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Da interpretação sistemática dos artigos 9º, inciso II, e 15, inciso I, da Lei nº 6.830/1980 (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.043/2014) e do artigo 835, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, plenamente cabível a indicação de seguro-garantia para fins de penhora, desde que atendidas as condições previstas nas portarias fazendárias que regem a matéria.

2. Muito embora a legislação busque resguardar o interesse do credor (artigo 797 do NCPC), não tem lugar impor ao devedor gravame desarrazoado, circunstância que estará presente quando, deparando-se com mais de uma forma hábil a tutelar o crédito, optar-se por aquela que possa redundar em consequências mais severas às suas atividades (artigo 805 do NCPC).

3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, que lavrará o acórdão, vencida a Relatora que lhe negava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5028877-10.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
RECORRENTE: WAEZLHOLZ BRASMETAL LAMINACAO LTDA
Advogado do(a) RECORRENTE: MAURO HENRIQUE ALVES PEREIRA - SP152232-A
RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de pedido formulado pela contribuinte com vista à concessão de efeito suspensivo ativo à apelação interposta em face de sentença denegatória proferida nos autos do mandado de segurança nº 5002143-47.2017.4.03.6114.

A requerente sustenta que, tendo apurado saldo negativo de IRPJ e CSL no ano de 2005, procedeu à compensação de débitos de COFINS, CSL e IRPJ com vencimento em 24/02/06, bem como com débitos de IRRF-JCP vencidos em 02/01/06 e 04/01/06.

Salienta que a SRFB, embora tenha inicialmente indeferido tais compensações, no julgamento das manifestações de inconformidade apresentadas reconheceu a integralidade de seus créditos.

Aduz que, apesar das homologações definitivas (extinções dos créditos tributários) das compensações realizadas em dezembro de 2006, para sua surpresa, os processos de crédito nºs 13819.908403/2009-72 e 13819.908404/2009-17 geraram os respectivos processos cobrança nºs 13819.909.407/2009-78 e 13819.909.870/2009-10, os quais impedem a emissão da CPD-EN.

Assevera que, segundo a SRFB, tais débitos decorrem da cobrança de multa e juros de mora que não foram informados nos pedidos de compensação, uma vez que se tratava de compensação efetuada em dezembro de 2006, relativamente a tributos vencidos em janeiro e fevereiro daquele ano, cujos créditos reconhecidos não foram suficientes para a amortização integral.

Ressalta que as compensações realizadas nos processos de créditos nºs 13819.908.403/2009-72 e 13819.908.404/2009-17 se deram com débitos tributários sujeitos a lançamento por homologação (CSL, COFINS, IRPJ e IRRF-JCP), todos com vencimentos em janeiro e fevereiro de 2006, ou seja, envolvem débitos confessados e constituídos via DCTF da época e não pagos, de modo que, se eventual cobrança dispensava qualquer outra providência do Fisco, o *dies a quo* do prazo prescricional para cobrança dos referidos créditos tributários são as datas de vencimento daquelas obrigações tributárias, ou seja, em janeiro/2006 e fevereiro/2006, mormente se considerada a circunstância de que a discussão administrativa, via manifestação de inconformidade, se deu somente quanto à exigência da obrigação principal sem qualquer alusão a multa e juros pelo atraso na transmissão das DCOMPs.

Afirma que não houve suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à multa e aos juros, dado que os processos cobrança remontam a 2009, ou seja, antes mesmo do encerramento da discussão administrativa que se deu em 2015, impondo-se o reconhecimento de que os débitos decorrentes dos Processos de Cobrança nºs 13819.909.407/2009-78 e 13819.909.870/2009-10 estão extintos por força da prescrição, sendo ilegal a sua exigência, bem como a negativa da expedição da CND ou CPD-EN em razão desses supostos débitos.

Salienta que o “periculum in mora” reside no fato de que se encontra na iminência de ter seu nome incluído no CADIN, bem como do pretense crédito tributário ser encaminhado para inscrição em dívida para posterior cobrança, com eventual penhora ou arresto de bens, e, ainda, na negativa de fornecimento de CND ou CPD-EN, que já se encontra vencida.

Salienta que o “fumus boni juris” resta evidenciado, na medida em que seus argumentos encontram-se alinhados com a jurisprudência pacificada do c. STJ acerca da aplicação da prescrição (REsp nº 1.120.295/SP – Tema nº 383 e Súmula 436).

Postula a concessão da medida de urgência “inaudita altera parte”, para atribuir efeito suspensivo à apelação interposta tempestivamente em face de sentença que lhe denegou a ordem e restabeleceu a exigibilidade dos créditos tributários apontados pelo Fisco.

Relatado. **Decido.**

O art. 1.012 do Código de Processo Civil, por sua vez, prescreve que todo recurso de apelação será recebido com efeito suspensivo e excepciona tal regra por meio das hipóteses veiculadas em seu § 1º, estabelecendo os casos em que a sentença produzirá seus efeitos imediatamente.

Há, porém, situações emergenciais que, diante da alegação e das provas apresentadas, justificam, excepcionalmente, a concessão pelo relator de efeito suspensivo ao recurso interposto (§ 4º do mesmo dispositivo legal). Confira-se:

“Art. 1.012 (...)

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.”

Releva considerar que, no feito originário, a requerente obteve medida liminar com vista à suspensão da exigibilidade dos valores exigidos nos Processos de Cobrança nºs 13819.909.407/2009-78 e 13819.909.870/2009-10, que, por sua vez, restou revogada com o advento da sentença denegatória.

Entendo, porém, que não é o caso de restabelecimento da referida medida liminar, uma vez que, em se tratando de controvérsia alusiva a valores decorrentes da obrigação principal, oportunamente lançados pelo Fisco, cuja compensação foi objeto de manifestação de inconformidade, resta evidenciado que tais débitos permaneceram com sua exigibilidade suspensa até que se ultimasse o exame do pleito administrativo formulado pela requerente.

No sentido dessas conclusões, o entendimento manifestado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSA.

1. No que se refere à suposta violação do art. 535 do CPC, o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a questão trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo apenas por ser contrário aos interesses da parte.

2. A jurisprudência do STJ reconhece que o indeferimento pelo Fisco da compensação tributária efetuado pelo contribuinte enseja sua notificação para pagar ou apresentar manifestação de inconformidade, recurso este que suspende a exigibilidade do crédito tributário, pois enquadra-se na hipótese prevista no art. 151, inciso III, do CTN e no art. 74, §11, da Lei 9.430/96.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp nº 445.145, Rel Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 15/04/14)

Desta feita, entendo que não se encontram preenchidos os pressupostos exigidos no artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil.

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

Intime-se.

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002118-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: GIANLUCCA TREVELLIN

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - MG64029, ARLYSON GEORGE GANN HORTA - DF24613

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002118-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: GIANLUCCA TREVELLIN

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - MG64029, ARLYSON GEORGE GANN HORTA - DF24613

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Gianlucca Trevellin** contra decisão que, em sede de ação pelo rito ordinário, indeferiu a antecipação da tutela que objetivava que a União fosse compelida a fornecer-lhe gratuitamente, com urgência, o medicamento Spinraza (Nusinersen), na forma e quantitativos de acordo com o relatório médico e prescrição apresentados, ao fundamento de que os documentos acostados não constituem prova plena do direito alegado, pois o relatório médico não indica que o autor foi submetido a outros tratamentos sem sucesso, nem que o medicamento pretendido é a única opção terapêutica, tampouco a recusa de seu fornecimento (Id. 464073, páginas 2/4).

O agravante sustenta, em síntese, que:

a) é portador de Atrofia Muscular Espinhal (AME) ou Amiotrofias Espinhais, tipo I. Esta doença possui origem genética e caracteriza-se pela atrofia muscular secundária à degeneração de neurônios motores localizados no corno anterior da medula espinhal;

b) a **farta documentação carregada aos autos aponta a necessidade premente do paciente em tela na utilização da medicação SPINRAZA**. Destarte, a necessidade está ligada ao comprovado resultado que o medicamento pleiteado proporcionará a sobrevida do agravante.

Pleiteia a antecipação da tutela recursal, para o fornecimento imediato e gratuito do medicamento Spinraza (Nusinersen), na forma e nos quantitativos que se façam necessários, de acordo com o relatório e prescrição médicos, à vista de a evolução da doença, qualquer momento, precipitar-se em complicações irreversíveis, se não adotado o **imediato tratamento** pleiteado e se não garantida a sua continuidade, o que poderá até mesmo levar o agravante a óbito.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi deferido (ID 495070-pág. 01/05), para determinar que a agravada forneça, no prazo de 48 horas, de forma contínua e por tempo indeterminado, o medicamento Spinraza (Nusinersen), nos quantitativos que se façam necessários, de acordo com prescrição médica (ID 464073, página 20).

A União Federal apresentou contraminuta (ID 510679-pág.01/38).

Em face da decisão (ID 510711-pág. 01/44), a União Federal interpôs agravo interno, alegando, em síntese, que não tem legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, posto que não incumbe a ela o fornecimento de medicamentos excepcionais, segundo a distribuição de competência normatizada pela Lei nº 8.080/90. No caso, se ser mantida a União na lide, requer que se comine apenas a obrigação de repasse de 1/3 das verbas necessárias à aquisição pelo Estado de Minas Gerais da medicação requerida, tendo em vista que o SUS é organizado de forma descentralizada e tripartite, custeado pela União, pelos Estados e pelos Municípios.

Quanto ao fornecimento do medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN) para tratamento de Atrofia Muscular Espinhal (AME), sustenta que de acordo com as informações NOTA TÉCNICA n.00691/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, o SUS não padronizou o medicamento pleiteado para a doença que acomete a autora, porém, o Sistema possui ampla cobertura para tratamento da enfermidade em questão, com a disponibilização de medicamentos seguros, eficazes, de qualidade e com relação custo-efetividade adequadas, além de estar cumprindo rigorosamente com a legislação vigente sobre o assunto, garantindo que a autora não se encontre desamparada em seus direitos constitucionais à saúde, o que afasta de forma inequívoca a necessidade de judicialização deste medicamento.

Por fim, aduz que o medicamento pleiteado não se encontra registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Dessa maneira não está sendo fornecido por nenhum programa de assistência farmacêutica do Ministério da Saúde.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta ao agravo interno (ID 788081-pág. 01/26).

Foi determinada a suspensão do curso do processo até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.657.156 /RJ, afetado ao rito do art. 1.036, do CPC/2015 (recursos repetitivos) (ID 802878).

Informações prestadas pelo MM. Juízo *a quo* (ID 970321 –pág. 01/12).

O MPF deu-se por ciente da decisão que determinou o sobrestamento do feito (ID 159142).

Em manifestação (ID 1335927-pág. 01/03), o agravante relata o descumprimento da decisão judicial, uma vez que não entregue a medicação pleiteada.

Instada a se manifestar, a União Federal alega que de acordo com a NOTA TÉCNICA Nº 13-SEI/2017-NJUD/SE/GAB/SE/MS, o medicamento em questão não traz benefícios ao autor. Isto porque, os médicos especialistas do MS constataram que nenhuma das pesquisas internacionais realizadas pelo laboratório BIOGEN quando do desenvolvimento do SPINRAZA incluíram pacientes com características clínicas e biológicas similares as do agravado (ID 1831382-pág.01/09).

Por fim, junta aos autos, comprovante do cumprimento da tutela (ID 1831384).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002118-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: GIANLUCCA TREVELLIN

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - MG64029, ARLYSON GEORGE GANN HORTA - DF24613

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

VOTO

Tendo em vista o julgamento do REsp nº 1.657.156 /RJ, na sessão de 25.04.2018, determino o levantamento do sobrestamento do feito.

A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação ordinária que objetiva a condenação a União ao fornecimento do medicamento Spinraza (Nusinersen) ao recorrente, para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME) ou Amiotrofias Espinhais, tipo I a que está acometido, na forma e nos quantitativos que se façam necessários, de acordo com o relatório e prescrição médicos.

A jurisprudência resta pacificada no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; por conseguinte, qualquer um dos entes federativos possui legitimidade para figurar no polo passivo de feitos que busquem assegurar fornecimento de medicamentos.

Confira-se:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos.

2. A jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, a alteração do quantum arbitrado a título de honorários advocatícios, caso o valor se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu no caso concreto.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 510.163/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014)."

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. EXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. "Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão" (STJ, AgRg no REsp 1.054.145/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 11/03/2014).

II. Inexistência de prequestionamento da matéria que, não suscitada em Apelação, não foi objeto de exame, no acórdão do Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

III. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que "não cabe a esta Corte, em recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Carta Magna" (STJ, AgRg no AREsp 470.765/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014).

IV. Ademais, conforme a jurisprudência do STJ, "o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (STJ, AgRg no REsp 1.225.222/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2013).

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 428.566/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, DJe 28/05/2014)."

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO S. IDOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS (MUNICÍPIO, ESTADO E UNIÃO). ARTS. 196 E 198, § 1º, DA CF/88. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação e fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde. 3. O Sistema Único de Saúde é financiado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Legitimidade passiva do Estado configurada. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, RESP 200600675470/MT, PRIMEIRA TURMA, DJ 23.4.2007, Relatora: Ministra Denise Arruda)

No mais, o caso dos autos se qualifica pela preservação do direito à vida e à saúde, motivo pelo qual não se pode aceitar a inércia ou a omissão do Estado.

O direito ao fornecimento dos medicamentos decorre dos deveres impostos à União, Estado, Distrito Federal e Municípios pelos artigos 6º, 23, inciso II, e 196 a 200 da Lei Maior na realização do direito à saúde. As normas legais devem ser interpretadas em conformidade com as normas constitucionais referidas, a fim de que se concretize o direito fundamental à saúde dos cidadãos e das cidadãs. Em consequência, a definição do elenco de medicamentos e tratamentos diversos existe como dever aos entes estatais para o estabelecimento de uma política de saúde consistente, o que não exclui que drogas alternativas sejam ministradas pelo médico que atende o paciente e sob sua responsabilidade profissional, nem que outros programas sejam estabelecidos para assistir aqueles que forem portadores de doenças e que não constituem restrição ao acesso à saúde. É certo, outrossim, que cumpre ao Judiciário a efetivação dos direitos prescritos na Constituição Federal e nas leis. É a garantia fundamental do artigo 5º, inciso XXXV, da CF. O artigo 2º do Estatuto Constitucional deve ser interpretado em harmonia com o acesso à jurisdição e com os dispositivos pertinentes à saúde pública (artigo 6º, inciso II, e artigos 196 a 200 da CF). Como parâmetro, as entidades federais, no atendimento ao direito à saúde, devem pautar-se pelos princípios e normas constitucionais. O SUS, na regulamentação que lhe dá a Lei nº 8.080/1990, deve-se orientar a mais ampla possível realização concreta do direito fundamental de que aqui se cuida (artigos 1º, 2º, 4º, 6º, 9º, 15, 19-M, 19-O, 19-P, 19-Q e 19-R). É de suma importância que o médico seja respeitado nas prescrições que faz, uma vez que é quem acompanha e faz recomendações ao paciente, salvo quando a atividade contrarie os próprios conhecimentos existentes no campo da medicina. Nesse contexto, a prova cabal de que o medicamento é o único tratamento para a doença é desnecessária, na medida em que a possibilidade de melhora do paciente com o uso do remédio prescrito é suficiente para justificar seu fornecimento, notadamente porque, *in casu*, o agravante está em situação crítica, traqueostomizado definitivamente pelo comprometimento da musculatura respiratória, com suporte ventilatório 24 horas por dia, bem como tem gastrostomia pelo grave comprometimento da musculatura da deglutição e está sujeito a intercorrências graves e potencialmente fatais (Id. 463969, página 1).

Confira-se a jurisprudência:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF, AI-AgR 604949, Rel. Min. Eros Grau, DJU 24/11/2006)."

"ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 06/12/2013)."

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS . HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, in verbis: (...)

4. *Last but not least, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente.*

5. *Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: "(...) Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls.79 (...)" fl. 312 6. In casu, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual instituiu Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27.*

7. *Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame "pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)" realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado "positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV" (fl. 26).*

8. *Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento.*

(RMS 24.197/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010)"

DIREITOS CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA ONDE CIDADÃ BUSCA A CONDENAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS A FORNECER-LHE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO (SOLIRIS), NÃO INCLUÍDO NA RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTO S ESSENCIAIS/RENAME E NÃO APROVADO PELA ANVISA, DESTINADO AO TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE (HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA - HPN) - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA (COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E FIXAÇÃO DE ASTREINTES) MANTIDA - SUPREMACIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE (APANÁGIO DA DIGNIDADE HUMANA), QUE DEVE SER ZELADO EM NÍVEL DO SUS POR TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO (SOLIDARIEDADE), EM RELAÇÃO AO QUAL NÃO PODEM SER OPOSTAS A BUROCRACIA DO PODER PÚBLICO E NEM AS QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS - É CORRETO O DESEMPENHO DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º , XXXV, DA CF) EM ASSEGURAR TAL DIREITO, QUE EMERGE DA MAGNA CARTA E DA LEI Nº 8.080/90 - MATÉRIA PRELIMINAR REPELIDA - APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. *A saúde é um direito social (art. 6º) decorrente do direito à vida (art. 5º), disciplinado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e sua prestação em natureza ampla é preconizada na Lei nº 8.080/90 que regulamentou o art. 198 da Constituição (SUS). Diante disso, é insofismável a ilação segundo a qual cabe ao Poder Público obrigatoriamente a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização de amplos serviços de atendimento à população, envolvendo prevenção, de doenças, vacinações, tratamentos (internações, inclusive) e prestação de remédios.*

2. *'O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamento s para tratamento de problema de saúde' (STJ, AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012). Múltiplos precedentes.*

3. Cidadão acometida de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN. Trata-se da chamada doença de Marchiafava e Michelli, uma rara anemia hemolítica crônica de início insidioso e curso crônico, ocasionada por um defeito na membrana dos eritrócitos (proteína protetora). Quando o quadro evolui uma das maiores complicações é a trombose, sendo que os dois locais mais preocupantes são nas veias supra-hepáticas e no sistema nervoso central. Outros possíveis problemas incluem as crises dolorosas abdominais (de etiologia ainda incerta) e as infecções recorrentes, pois ocorre a destruição dos glóbulos vermelhos. Medicação pretendida: ' SOLIRIS ' (nome comercial), que tem como princípio ativo a substância ECULIZUMABE, é aprovado para o combate contra a doença na União Européia e nos Estados Unidos da América, conforme decisões da European Medicines Agency - EMA e Food and Drug Administration- FDA, que aprovaram o medicamento desde, respectivamente, 20.06.2007 e 16.03.2007. Fármaco que não foi aprovado pela ANVISA e não consta do RENAME; mesma situação que acontece no Canadá e na Escócia.

4. Na medida em que dificilmente se pode falar que o controle da indústria farmacêutica no Brasil é superior ao exercido pela European Medicines Agency - EMA e pela Food and Drug Administration- FDA, sobra apenas uma desculpa para a negativa governamental em incluir o ' SOLIRIS ' no âmbito da ANVISA: o medicamento é caro ! Ainda: o parecer N° 1.201/2011-AGU/CONJUR-Ministério da Saúde/HRP destaca que o SUS tem uma terapêutica adequada para o combate da doença, Transplante de células Tronco Hematopoiéticas (TCTHa); sucede que o Relator consultou a PORTARIA N° 931 DE 2 DE MAIO DE 2006, do Ministro da Saúde, que aprova o Regulamento Técnico para Transplante de Células-Tronco Hematopoéticas e, no meio de uma gigantesca burocracia destinada a regular tais transplantes, não conseguiu localizar a alegada 'indicação' de que o SUS pode custear esse difícil procedimento em favor de quem porta Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN.

5. Resta difícil encontrar justificativa para se negar a uma pessoa doente de Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN o medicamento ' SOLIRIS ', ainda que seja caro, quando a atual Relação Nacional de medicamento s Essenciais/RENAME (Portaria MS/GM n° 533, de 28 de março de 2012) contempla três fitoterápicos: Hortelã (para tratamento da síndrome do cólon irritável), Babosa (para queimaduras e psoríase) e Salgueiro (para a dor lombar). Os limites enunciativos dessa Relação Nacional de medicamento s Essenciais/RENAME e os supostos limites orçamentários do Poder Público (de difícil justificativa quando se sabe que há verbas públicas destinadas a propaganda da 'excelência' do Governo de ocasião) não podem ser manejados se colidem diretamente contra o direito à vida, contra o direito social de integralidade de acesso à saúde e contra a essencial dignidade da pessoa humana.

6. Calha recordar que ao decidir sobre tratamentos de saúde e fornecimento de remédios o Poder Judiciário não está se investindo da função de co-gestor do Poder Executivo, ao contrário do que os apelantes frisam; está tão somente determinando que se cumpra o comando constitucional que assegura o direito maior que é a vida, está assegurando o respeito que cada cidadão merece dos detentores temporários do Poder Público, está fazendo recordar a verdade sublime que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário. Na verdade o Judiciário está dando efetividade ao art. 6º, inc. I, 'd', da Lei n° 8.080/90 que insere no âmbito da competência do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

7. A recomendação n° 31 do CNJ foi atendida na decisão de fls. 88, posteriormente homologada pelo despacho de fls. 251, de modo que não há que se falar em descumprimento da recomendação; ademais, uma recomendação de órgão administrativo, por mais venerável e importante que seja, como é o caso do CNJ, não pode impedir que a jurisdição seja prestada a quem a reclama, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV da Constituição.

8. A matéria aqui tratada já foi objeto de apreciação pela Presidência do Supremo Tribunal Federal em sede de dois pedidos de suspensão de segurança (ns. 4316 e 4304), tendo o então Min. Cesar Peluso repellido a mesma ladainha que aqui assoma: o valor da droga e a ausência de registro na ANVISA.

9. Corretas a antecipação de tutela com fixação de astreintes, bem como a imposição de honorária (módica). (TRF 3ª Região, AC 2010.61.10.008456-0/, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, D.E. Publicado em 17/06/2013).

Quanto ao dever de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, cumpre salientar que recentemente o C. Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 25.04.2018, ao apreciar o Resp n° 1.657.156 sob o rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (Tema N° 106), por unanimidade e nos termos do voto do eminente Ministro BENEDITO GONÇALVES, reconheceu a obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos ainda que não incorporados em atos normativos do SUS. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

(REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

A documentação acostada comprova que o agravante é portador de Atrofia Muscular Espinhal (AME) ou Amiotrofias Espinhais, tipo I e que está sob tratamento de responsabilidade da Dra. Ana Lúcia Longer, CRM/SP 43507, que indicou para o tratamento da moléstia a utilização do medicamento Spinraza (Nusinersen), como forma de tratar a doença, conforme trecho que destaca, *verbis* (Id. 464073, páginas 15/20):

"SPINRAZA é um oligonucleótido antisentido (ASO) concebido para tratar amiotrofia causada por mutações no cromossomo 5q que conduzem à deficiência de proteína SMN. Sua eficácia foi confirmada por estudos clínicos e é uma medicação aprovada pelo FDA para tratamento de amiotrofia espinhal.

(...)"

Tal medicamento possui um custo inviável para a atual situação financeira dos genitores do agravante, o qual inclusive teve deferido os benefícios da justiça gratuita.

Outrossim, está caracterizado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, em decorrência do estado crítico em que se encontra, com risco de morte atestado pela médica (Id. 463969).

Destaque-se, ainda, que não cabe unicamente a Administração decidir qual o melhor tratamento médico que deve ser aplicado ao paciente, visto que não cabe a autoridade administrativa limitar o alcance dos dispositivos constitucionais, uma vez que todos devem ter acesso a tratamento médico digno e eficaz, mormente quando não possuam recursos para custeá-lo. Assim, conforme reconhecido pelo c. Superior Tribunal de Justiça no julgamento supracitado, é dever do Poder Público de fornecer medicamentos mesmo que não incorporados em atos normativos do SUS.

Ressalte-se, ainda, que o medicamento Spinraza (Nusinersena) possui registro na ANVISA (nº 169930008) válido até 08/2022. A detentora do registro do medicamento no Brasil é a empresa BIOGEN BRASIL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA (informações obtidas através do site <http://portal.anvisa.gov.br>).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar que a agravada forneça de forma contínua e por tempo indeterminado, o medicamento Spinraza (Nusinersena), nos quantitativos que se façam necessários, de acordo com prescrição médica (Id. 464073, página 20).

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. HIPOSSUFICIENTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. A jurisprudência resta pacificada no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; por conseguinte, qualquer um dos entes federativos possui legitimidade para figurar no polo passivo de feitos que busquem assegurar fornecimento de medicamentos.

2. Cumpre ao Judiciário a efetivação dos direitos prescritos na Constituição Federal e nas leis. É a garantia fundamental do artigo 5º, inciso XXXV, da CF. O artigo 2º do Estatuto Constitucional deve ser interpretado em harmonia com o acesso à jurisdição e com os dispositivos pertinentes à saúde pública (artigo 6º, inciso II, e artigos 196 a 200 da CF).

3. Quanto ao dever de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, cumpre salientar que recentemente o C. Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 25.04.2018, ao apreciar o Resp nº 1.657.156 sob o rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (Tema Nº 106), por unanimidade e nos termos do voto do eminente Ministro BENEDITO GONÇALVES, reconheceu a obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos ainda que não incorporados em atos normativos do SUS.

4. A documentação acostada comprova que o agravante é portador de Atrofia Muscular Espinhal (AME) ou Amiotrofias Espinhais, tipo I e que está sob tratamento de responsabilidade da Dra. Ana Lúcia Longer, CRM/SP 43507, que indicou para o tratamento da moléstia a utilização do medicamento Spinraza (Nusinersena), como forma de tratar a doença. No entanto, tal medicamento possui um custo inviável para a atual situação financeira dos genitores do agravante, o qual inclusive teve deferido os benefícios da justiça gratuita.

5. Destaque-se, ainda, que não cabe unicamente a Administração decidir qual o melhor tratamento médico que deve ser aplicado ao paciente, visto que não cabe a autoridade administrativa limitar o alcance dos dispositivos constitucionais, uma vez que todos devem ter acesso a tratamento médico digno e eficaz, mormente quando não possuam recursos para custeá-lo. Assim, conforme reconhecido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento supracitado, é dever do Poder Público de fornecer medicamentos mesmo que não incorporados em atos normativos do SUS.

6. Ressalte-se, ainda, que o medicamento Spinraza (Nusinersena) possui registro na ANVISA (nº 169930008) válido até 08/2022. A detentora do registro do medicamento no Brasil é a empresa BIOGEN BRASIL PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA (informações obtidas através do site <http://portal.anvisa.gov.br>).

7. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, para determinar que a agravada forneça de forma contínua e por tempo indeterminado, o medicamento Spinraza (Nusinersena), nos quantitativos que se façam necessários, de acordo com prescrição médica (Id. 464073, página 20)., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008249-34.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: HABITAR ADMINISTRACAO E SERVICOS EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ARIIVALDO DE PAULA CAMPOS NETO - SP92169, NANTES NOBRE NETO - SP260415

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008249-34.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: HABITAR ADMINISTRACAO E SERVICOS EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ARIIVALDO DE PAULA CAMPOS NETO - SP92169, NANTES NOBRE NETO - SP260415

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que indeferiu o pedido da parte embargante, ora agravante, para produção das provas requeridas, por entender que é prescindível ao deslinde da causa.

Alega, em síntese, que é indispensável que as provas encerrem elementos objetivos e, se possível, inequívocos acerca do objeto da contenda, bem como que à parte autora incumbe o ônus de produzir as provas constitutivas do seu direito em conformidade com a legislação processual em vigor (art. 373, inciso I, do CPC).

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Foi deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

VOTO

O magistrado, no uso de suas atribuições, deverá estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa, é dizer, diante do caso concreto, deverá proceder à instrução probatória somente se ficar convencido da prestabilidade da prova.

Assim, sendo as provas destinadas à formação do convencimento do Juiz, pode ele indeferir o pedido de realização de prova pericial se julgar que esta não terá efeitos para o deslinde da controvérsia.

Nesse sentido, precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE QUANTO À COM PROVA ÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA (INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O TRABALHO). CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFECÇÃO DE NOVO LAUDO PERICIAL. REEXAME DE PROVA S. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do CPC. Assim, não há cerceamento de defesa quando, em decisão adequadamente fundamentada, o juiz indefere produção de prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, a respeito do alegado cerceamento de defesa, bem como do preenchimento dos requisitos para a percepção de aposentadoria por invalidez acidentária, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 663635/ SP, Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 08.06.2015)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. ESCLARECIMENTOS PELO PERITO. DESNECESSIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA DA LIDE. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ART. 131 DO CPC. NÃO PROVIMENTO.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ).

3. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 158248 - DF, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 19.05.2015)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- 1. A parte agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.*
- 2. O Tribunal de origem apreciou as teses arguidas nos declaratórios, contudo, em sentido contrário à pretensão da recorrente. Com efeito, a jurisprudência desta Corte é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.*
- 3. "O juiz é o destinatário da prova. Como tal, cumpre a ele aferir a necessidade ou não de sua realização. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 536.191/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 23/3/2015).*
- 4. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STJ, AgRg no AREsp 613051/ DF, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 19.05.2015).

No mesmo sentido, trago a colação julgados desta Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CÓPIAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PARTE INTERESSADA. ART. 41, LEF. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. ARTS. 125, II E 130, DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.

O art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo.

Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de com prova da resistência administrativa. Precedentes.

O art. 125, II, do CPC, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, do mesmo diploma legal, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

O Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção. Considerando que o feito apresenta elementos suficientes à formação da sua convicção, é absolutamente legítimo que indefira a produção das provas que considere descabidas à correta solução da lide. Precedentes.

Não se há falar em cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não fundamentou de forma precisa a indispensabilidade da produção da prova pericial. Agravo de instrumento não provido."

(TRF-3ª Região, AI 200903000344310, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal MÁRCIO MORAES, julgado em 11/02/2010, D.E. 10/03/10)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL. AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. ARTS. 125, II E 130, DO CPC.

- 1. Decisão que, em embargos à execução fiscal, indeferiu a produção de prova pericial na escrituração fiscal e contábil da executada.*
- 2. Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, ou seja, apuração da exigibilidade do crédito em função da ocorrência ou não do fato gerador, não há falar-se em necessidade de produção de prova pericial.*
- 3. O art. 125, II, do Código de Processo Civil, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."*

4. O Juízo a quo, no uso de seu poder-dever de condução do processo e para formação de seu livre convencimento, entendeu desnecessária a perícia contábil, não tendo a agravante demonstrado a presença dos requisitos legais aptos a afastar tal entendimento.

5. Precedentes deste Tribunal e do STJ.

6. Agravo de instrumento não provido.

(TRF-3ª Região, AI 00074209520044030000, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 199274, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO, julgado em 18/12/2008, e-DJF3 Judicial 2 20/01/2009, p. 376)

No entanto, justifica-se a necessidade da produção de provas sempre que exista um fato que escape do conhecimento ordinário do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico.

Assim, sendo o destinatário da prova, a ele cumpre decidir sobre a necessidade ou não de sua realização.

No caso dos autos, a controvérsia reside na imprescindibilidade ou não da produção da prova requerida para o julgamento da lide, especialmente no que se refere à comprovação da prática de eventual anatocismo.

Neste contexto, não se pode perder de vista que a realização da prova pericial requerida, sob o crivo do contraditório, poderá fornecer os elementos necessários para a comprovação do direito defendido pela agravante, estabelecendo seu alcance e dimensão, sob pena de estarmos diante de um possível cerceamento de defesa, que, caso venha a ser reconhecido no futuro, poderá ensejar a nulidade de todos os atos decisórios eventualmente vinculados proferidos posteriormente.

Porém, os pontos controversos devem ser previamente delimitados e as questões enfrentadas não deverão envolver temas eminentemente de direito, conforme já restou decidido por esta e. Corte, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. I - Desnecessidade de realização de perícia contábil em razão da matéria envolver temas eminentemente de direito. Precedentes. II - Hipótese dos autos em que o contrato foi firmado após a publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, reeditada sob o n.º 2.170-36, permitindo-se a previsão de capitalização mensal de juros. Precedentes. III - Estipulação de juros remuneratórios que não caracteriza abusividade que imponha a intervenção judicial, prevalecendo o princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda). IV - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor que não tem o alcance de autorizar a decretação de nulidade de cláusulas contratuais com base em meros questionamentos do devedor com alegações vagas e genéricas de abusividade. V - Recurso desprovido (TRF-3, Ap 00124177620124036100, Ap - APELAÇÃO CÍVEL – 2127983, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, Segunda Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/04/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO).

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE D E PERÍCIA CONTÁBIL. PRELIMINAR REJEITADA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. NEGÓCIO JURÍDICO. PACTA SUNT SERVANDA. RECURSO DESPROVIDO. I - Preliminar rejeitada. II - Desnecessária prova pericial, as questões suscitadas versando matéria de direito. III - Alegações sobre dificuldades financeiras ou propostas recusadas em tentativas de conciliação não possuem o condão de alterar o negócio jurídico contratual aperfeiçoado com a assinatura e concordância das partes. IV - Recurso desprovido. (TRF-3, Ap 00074238520154036104 Ap - APELAÇÃO CÍVEL – 2275685, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/03/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para que o r. Juízo de 1º grau adote as providências pertinentes para a produção da prova pericial contábil requerida pela agravante, que deverá apontar os pontos controversos a serem dirimidos, desde que não envolvam questões exclusivamente de direito.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DE EVENTUAL ANATOCISMO.

1. O magistrado, no uso de suas atribuições, deverá estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa, é dizer, diante do caso concreto, deverá proceder à instrução probatória somente se ficar convencido da prestabilidade da prova.
2. Assim, sendo as provas destinadas à formação do convencimento do Juiz, pode ele indeferir o pedido de realização de prova pericial se julgar que esta não terá efeitos para o deslinde da controvérsia.
3. No entanto, justifica-se a necessidade da produção de provas sempre que exista um fato que escape do conhecimento ordinário do julgador e cuja aferição dependa de conhecimento especial, seja testemunhal, técnico ou científico.
4. No caso dos autos, a controvérsia reside na imprescindibilidade ou não da produção da prova requerida para o julgamento da lide, especialmente no que se refere à comprovação da prática de eventual anatocismo.
5. Neste contexto, não se pode perder de vista que a realização da prova pericial requerida, sob o crivo do contraditório, poderá fornecer os elementos necessários para a comprovação do direito defendido pela agravante, estabelecendo seu alcance e dimensão, sob pena de estarmos diante de um possível cerceamento de defesa, que, caso venha a ser reconhecido no futuro, poderá ensejar a nulidade de todos os atos decisórios eventualmente vinculados proferidos posteriormente. Porém, os pontos controversos devem ser previamente delimitados e as questões enfrentadas não deverão envolver temas eminentemente de direito.
6. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008509-14.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: GUILLERMO ENRIQUE SOTO PASCO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID. 1536400) opostos por Guillermo Enrique Soto Pasco, em face de v. acórdão (ID 1417796) que, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento, para afastar a gratuidade concedida ao agravado.

O v. acórdão foi proferido em sede de agravo de instrumento interposto pela União Federal em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de mandado de segurança, deferiu a medida liminar pleiteada, afastando a exigência da cobrança de taxa para o regular processamento do pedido de renovação de documento de identificação de estrangeiro sob o argumento de não ser “razoável condicionar o procedimento de regularização migratória ao recolhimento de taxa naquelas hipóteses em que ficar demonstrada a hipossuficiência econômica dos requerentes”.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo de instrumento, mantendo-se a decisão de primeiro grau que concedeu a tutela antecipada, para isentar a agravada do pagamento de taxas atinentes à regularização migratória (ID 881393).

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO DE TAXA. ESTRANGEIRO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO.

1. A entrada e permanência de estrangeiros no país são atos relacionados à soberania nacional (conforme artigo 1º, inciso I, da CF), sendo de competência privativa da União legislar sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros (artigo 22, inciso XV da Constituição Federal), devendo o interessado cumprir todos os requisitos previstos na legislação brasileira.

2. A cobrança de taxas para a emissão de CIE é legítima, até porque devidamente amparada em lei. Com efeito, o Estatuto do estrangeiro (Lei 6.815/1980), em seu art. 33, determina que a emissão de documentos de identidade está sujeita ao pagamento de taxa.

3. Desse modo, pretender a isenção de tais cobranças, ainda que a parte seja hipossuficiente, importaria em conceder benefícios sem autorização legal para tanto, uma vez contraria o disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal.

4. Agravo de instrumento provido.”

O embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omissivo, uma vez que a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) prevê expressamente a possibilidade de isenção do pagamento de taxas para regularização migratória, se demonstrada a hipossuficiência econômica do estrangeiro.

Intimada, a parte embargada deixou de se manifestar (ID 3876563).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008509-14.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: GUILLERMO ENRIQUE SOTO PASCO

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Marcelo Saraiva.

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

Com razão o embargante, uma vez que o v. acórdão foi omissivo quanto ao disposto na Lei nº 13.445/2017.

Sustenta que por se tratar a cédula de identificação de estrangeiro de elemento indispensável à sua regular identificação no Território Nacional, conforme previsto no art. 30 da Lei nº 6.815/80, não há que se condicionar sua emissão ao recolhimento de qualquer taxa quando verificada a hipossuficiência do requerente, sob pena de se impor indevida restrição ao exercício do direito fundamental à gratuidade dos atos necessários à efetividade da cidadania, previsto no art. 5, inciso LXXVII, da Constituição Federal.

O *caput*, do art. 5º da Carta Magna, assim dispõe:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

De acordo com a citada norma, aos estrangeiros residentes no país são assegurados os mesmos direitos fundamentais que o nacional, ressalvados direitos não fundamentais decorrentes da cidadania.

Denota-se que o benefício da gratuidade na obtenção de determinados documentos pessoais e certidões é dirigido aos reconhecidamente pobres, não fazendo a Constituição Federal distinção acerca da nacionalidade de quem ostenta tal condição, conforme se verifica nos incisos XXXIV, LXXVI e LXXVII do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, revejo meu posicionamento para assegurar aos estrangeiros que comprovarem a insuficiência econômica da família a isenção do pagamento de taxas para a renovação do Registro Nacional de Estrangeiro (RNE), taxas estas que não conseguiria arcar e ofenderiam a dignidade humana, já que se trata de documento indispensável para o exercício de direitos fundamentais como a educação, o trabalho, o transporte e a saúde.

Ademais, a Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração) tornou expressa a isenção de taxas para expedição de documento de identificação quando o estrangeiro se encontrar em situação de hipossuficiência econômica, conforme dispõe o art. 113, § 3º, *in verbis*:

"Art. 113. As taxas e emolumentos consulares são fixados em conformidade com a tabela anexa a esta Lei.

§ 3º Não serão cobrados taxas e emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória aos integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica."

Com efeito, denota-se que a nova lei revogou o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) que estabelecia as taxas para emissão do documento de identificação em seu art. 33, parágrafo único.

No mais, o C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema e entendeu que "*A Cédula de Identidade de estrangeiro é essencial para identificação da pessoa. Sua ausência impede o exercício da cidadania. Não há vida digna se a pessoa não pode identificar-se. Assim, tratando-se de direito fundamental, aplicável a regra que garante a gratuidade ao estrangeiro que resida no país*" (REsp. nº 1470712/RS, REsp. nº 1438068/RS, REsp. nº 1388603/RS).

No caso, a impetrante é representada pela Defensoria Pública da União, o que por si só já demonstra a sua hipossuficiência.

Desse modo, deve ser reformada a r. sentença que denegou o pedido para afastar a cobrança da taxa do documento correspondente à segunda via da cédula de identificação de estrangeiro (2ª via da CIE - Carteira de Identificação de Estrangeiro), em virtude do nova Lei da Migração, do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Nesse mesmo sentido, colaciono julgado desta E. Corte:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. CÉDULA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. EXPEDIÇÃO. GRATUIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO IMPROVIDAS.

1. O artigo 5º, LXXVI, da Constituição Federal dispõe que "são gratuitas as ações de habeas-corpus e habeas-data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania".

2. A Cédula de Identidade de estrangeiro sendo um documento de essencial importância para o exercício da cidadania, conclui-se que o inciso supracitado autoriza a sua expedição de forma gratuita na hipótese de a pessoa não ter condições de pagar, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3. A Cédula de Identidade de estrangeiro constitui documento que identifica o estrangeiro perante a sociedade e possibilita o exercício de praticamente todos os atos da vida civil, não sendo razoável condicionar a sua emissão ao recolhimento de taxa naquelas hipóteses em que ficar demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente. Precedentes.

4. No presente caso, comprovada a hipossuficiência do impetrante, inclusive estando representada nestes autos pela Defensoria Pública da União, fica afastada a cobrança da taxa e/ou multa para a renovação da cédula de identidade de estrangeiro, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

5. Remessa Oficial e Apelação improvidas."

(TRF 3ª Região, AMS 0025753-45.2015.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. Juíza Convocada Leila Paiva, j. 22.09.2016, e-DJF3 Judicial 1 04.10.2016).

"DIREITO CONSTITUCIONAL. CARTEIRA DE REGISTRO DE ESTRANGEIRO. DIREITO BÁSICO À IDENTIDADE E INDIVIDUALIDADE. RISCO DE CLANDESTINIDADE E MARGINALIDADE JURÍDICA. TAXAS DE EMISSÃO. DIREITO À GRATUIDADE PELA HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE SOCIAL. DEFESA BASEADA EM FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO POSTULADO. INEXISTÊNCIA DA RESPECTIVA PROVA. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Embora impugnado o relatório social, com base no qual o direito foi postulado, sob a alegação de que pesquisa, em banco de dados do Ministério da Fazenda, indicaria a existência de CNPJ, nome e endereço comercial em favor do autor, a defesa da ré não tem lastro em prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado e, assim, inviável o acolhimento de sua pretensão. 2. Ainda que tivesse sido produzida tal prova, resta claro, de todo modo, que o exercício de atividade como a de comerciante viário - conforme licença que possuía e foi cassada no Município de Santos/SP, onde, segundo a apelante, não mais residiria, em razão de situação cadastral que remete ao Município de São José dos Campos/SP -, não seria capaz de provar a suficiência econômica, nem elidir a vulnerabilidade social atrelada às circunstâncias pessoais do autor, seja porque estrangeiro ou idoso, seja porque portador de deficiência em membro inferior. 3. Irrelevante, por sua vez, a afirmação de que assistente social não tem habilitação legal para produzir diagnóstico médico, pois não é disto que se tratou no relatório social juntado aos autos, que se limitou a descrever situação de fato, perceptível e que não exige conhecimento técnico nem significa o exercício ilegal de profissão, por se tratar de relato vinculado à descrição de situação social, feito em atenção a pedido da Defensoria Pública da União que, inclusive, atuou em sua defesa processual, justamente por conta de tal hipossuficiência econômica e social. 4. A prova dos autos, ao contrário do alegado pela apelante, existe e ampara a pretensão deduzida, tal qual acolhida pela sentença que nada mais fez do que reconhecer que, para além da pretensão fiscal do Estado à satisfação de taxa para a prestação de serviço público, o que existe a ser tutelado, em razão de sua supremacia no cotejo constitucional, é o direito básico à identidade e à individualidade, contra os riscos e danos da clandestinidade e da marginalidade jurídica, a ser assegurado mediante emissão de registro de estrangeiro para o gozo de outros direitos fundamentais, sem que possa tal exercício ser obstado pela exigência de taxas, uma vez que esteja provada, como na espécie, a hipossuficiência e a vulnerabilidade econômica e social do autor, com base em laudo social, cujo teor, informação e veracidade não logrou a ré elidir ou desconstituir, tal qual necessário, em se tratando de alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito postulado. 5. Desprovemento da apelação e da remessa oficial."

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, APELREEX 0003344-92.2013.4.03.6311, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 28.01.2016, e-DJF3 Judicial 1 01.02.2016) .

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração, para sanar a omissão apontada e, em caráter infringente, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. ISENÇÃO DE TAXA PARA EMISSÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE DE ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. COMPROVADA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. NOVA LEI DA MIGRAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. Existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, acolhem-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Restou omissa a parte do acórdão quanto ao disposto na nova lei da migração (Lei nº 13.445/2017).
3. A Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração) tornou expressa a isenção de taxas para expedição de documento de identificação quando o estrangeiro se encontrar em situação de hipossuficiência econômica, conforme dispõe o art. 113, § 3º,
4. No caso, a parte autora/agravada é representada pela Defensoria Pública da União, o que por si só já demonstra a sua hipossuficiência.
5. Embargos de declaração acolhidos, para sanar a omissão apontada, em caráter infringente, negar provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, para sanar a omissão apontada e, em caráter infringente, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO DE SALES

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADILSON GUERCHE - SP130505, EDILSON SAO LEANDRO - SP136654, ERIC CEZAR DOS SANTOS - SP325840

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008127-21.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO DE SALES

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADILSON GUERCHE - SP130505, EDILSON SAO LEANDRO - SP136654, ERIC CEZAR DOS SANTOS - SP325840

AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FÁBIO AUGUSTO DE SALES contra a decisão proferida pelo r. Juízo *a quo*, em autos de Ação de Improbidade Administrativa, que indeferiu o pedido de produção de prova pericial quanto às escutas telefônicas oriundas da ação penal nº 0006507-87.2010.403.6118.

O órgão ministerial ajuizou ação contra Marcelo Teodoro Alves, agente de polícia federal, Wanderley Aranha, Fábio Augusto de Sales e Marco Antônio Lopes da Silva sob a alegação de ofensa aos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 por fatos apurados no bojo da "Operação Conjugação", na qual se verificaram indícios da existência de "quadrilha (artigo 288, CP) formada por empresários, funcionários de empresas de segurança privada e da Polícia Federal, que estariam fraudando licitações públicas (Lei nº 8.666/93) e praticando crimes contra a Administração Pública (destruição de documento público, art. 305, CP; extravio de documento público art. 314, CP; corrupção passiva art. 317, CP; advocacia administrativa art. 321, CP; violação de sigilo funcional art. 325, CP; e corrupção ativa art. 333, CP)".

Na exordial, assevera o órgão ministerial que "o réu FÁBIO, administrador da empresa Faqui Segurança e Vigilância Ltda., evadiu-se de fiscalização realizada em sua empresa no Sambódromo, tendo pago a Marcelo, para obter tal privilégio ilícito, a quantia de R\$ 3.000,00. Na mesma ocasião, FÁBIO conseguiu que Marcelo exercesse atividade fiscalizatória com rigor em desfavor de desafeto seu".

Inconformado, o agravante interpõe o presente recurso, com pedido de antecipação da tutela recursal, sustentando que a demanda ajuizada pelo *Parquet* está embasada em interceptações telefônicas e que a participação do ora recorrente foi extraída com base em diálogos ocorridos entre terceiros, que não foram transcritos integralmente, prejudicando o exercício de sua defesa.

A antecipação de tutela recursal foi deferida parcialmente para determinar a transcrição dos diálogos que envolvem o agravante nos autos principais (Id. Num. 1040629).

Em suas contrarrazões o Ministério Público Federal sustenta o não cabimento do agravo de instrumento, afirmando que a hipótese dos autos não consta no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. No mérito requer o não provimento do recurso, afirmando que não é necessário a transcrição integral dos diálogos interceptados.

É o relatório.

VOTO

1. Da preliminar

O Ministério Público Federal sustenta o não cabimento de agravo de instrumento, afirmando a matéria constante na decisão agravada – pedido de realização de prova pericial nas interceptações telefônicas – não se encontra no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Todavia não é possível acolher referida alegação.

O artigo 1.015, inciso XIII, do Código de Processo Civil prevê que:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

O artigo 19, §1º, da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) prevê o cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em ação popular:

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

§ 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento.

Diante disso, impende frisar que a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular e a Lei de Improbidade Administrativa integram o microsistema processual coletivo, de maneira que suas regras se aplicam reciprocamente naquilo que não forem incompatíveis com cada instrumento específico da tutela coletiva.

Portanto, apesar de a Lei nº 8.429/92 não ter previsão expressa acerca do cabimento do agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em Ação de Improbidade Administrativa, aplica-se nas Ações de Improbidade Administrativa, por analogia, o artigo 19, §1º, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), uma vez que referida norma deve ser aplicada em todo o microsistema.

Assim, plenamente cabível o recurso de Agravo de Instrumento no caso em exame, de rigor a rejeição da preliminar sustentada pelo Ministério Público Federal.

2. Do mérito

Analisando os autos, verifica-se que devem ser acolhidas as alegações do agravante a justificar o parcial provimento do agravo de instrumento.

Cumpra observar, inicialmente, embora o agravante mencione prova pericial, verifica-se que seu pleito consiste na transcrição das interceptações telefônicas mencionadas pelo Ministério Público Federal. É o que se depreende do requerimento formulado nos autos principais e que deu ensejo à decisão ora agravada (ID 680078).

O agravante questiona a transcrição parcial dos diálogos e não a validade das interceptações, razão pela qual não há que se falar em perícia técnica quanto à validade das interceptações, mas sim em realização da prova pericial com a finalidade de trazer aos autos a transcrição integral dos diálogos que envolvem o agravante.

Da análise dos autos, verifica-se que parte dos diálogos havidos entre os réus e obtidos no juízo criminal encontram-se colacionados na exordial da ação de improbidade mediante a transcrição do “Relatório da interceptação das comunicações telefônicas”.

No tocante ao agravante FÁBIO AUGUSTO DE SALES, não se verifica o teor dos diálogos, mas sim descrições acerca do conteúdo obtido por meio das interceptações, a exemplo do trecho abaixo transcrito:

“TEODORO ajuda FABIO a burlar a fiscalização da Polícia Federal. TEODORO pergunta a FABIO se os deles (funcionários) estão no local onde ele, TEODORO, está. FABIO informa que, no local onde ele está não tem, mas por onde ele irá passar, têm vários. (...) TEODORO fala para FABIO trocar essas pessoas, mas FABIO diz que não dá; então TEODORO diz para ele tirar essas pessoas de lá, porque, por determinação do Delegado, provavelmente ele passará por lá.”

É certo que os relatórios de interceptações geralmente contêm explicações feitas pela autoridade policial, a fim de contextualizar fatos e permitir a compreensão dos diálogos.

Contudo, no caso dos autos, tais descrições não foram acompanhadas da transcrição do diálogo correspondente, de modo a dificultar o exercício do direito de defesa por parte do ora recorrente.

Portanto, de rigor a transcrição dos diálogos que envolvem o agravante e que são apontados pelo *Parquet* como prova da prática de ato ímprobo, como garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Cumpra salientar que, a determinação da transcrição dos diálogos que envolvem o agravante não colide com o entendimento sedimentado do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade de transcrição integral das gravações obtidas através da interceptação telefônica; posto que não se determina a transcrição integral das gravações, mas apenas das partes que envolvem o agravante e que são apontadas pelo próprio Ministério Público Federal como comprobatórias do ato ímprobo.

Há que se ressaltar, ainda, a independência entre as instâncias penal, cível e administrativa, o que justifica a ampla dilação probatória nos autos da ação de improbidade administrativa.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento**, para determinar a realização da prova pericial nas interceptações telefônicas com a finalidade de trazer aos autos principais a transcrição dos diálogos que envolvem o agravante.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR AFASTADA. MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 19, §1º, DA LEI DA AÇÃO POPULAR. INTERCEPTAÇÃO. PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE TRANSCRIÇÃO DE PARTE DA GRAVAÇÃO CONTENDO OS DIÁLOGOS ENVOLVENDO O AGRAVANTE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por FÁBIO AUGUSTO DE SALES contra a decisão proferida pelo r. Juízo *a quo*, em autos de Ação de Improbidade Administrativa, que indeferiu o pedido de produção de prova pericial quanto às escutas telefônicas oriundas da ação penal nº 0006507-87.2010.403.6118.

2. Apesar de a Lei nº 8.429/92 não ter previsão expressa acerca do cabimento do agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida em Ação de Improbidade Administrativa, aplica-se nas Ações de Improbidade Administrativa, por analogia, o artigo 19,§1º, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), uma vez que referida norma deve ser aplicada em todo o microsistema. Preliminar afastada.

3. Embora o agravante mencione prova pericial, verifica-se que seu pleito consiste na transcrição das interceptações telefônicas mencionadas pelo Ministério Público Federal. O agravante questiona a transcrição parcial dos diálogos e não a validade das interceptações, razão pela qual não há que se falar em perícia técnica quanto à validade das interceptações, mas sim em realização da prova pericial com a finalidade de trazer aos autos a transcrição integral dos diálogos que envolvem o agravante.

4. Da análise dos autos, verifica-se que no tocante ao agravante Fábio Augusto de Sales, não consta a transcrição dos diálogos correspondentes, mas apenas descrições acerca do conteúdo obtido por meio das interceptações. Portanto, de rigor a transcrição dos diálogos que envolvem o agravante e que são apontados pelo *Parquet* como prova da prática de ato ímprobo.

5. Há que se ressaltar, ainda, a independência entre as instâncias penal, cível e administrativa, o que justifica a ampla dilação probatória nos autos da ação de improbidade administrativa.

6. Recurso parcialmente provido para determinar a realização da prova pericial nas interceptações telefônicas com a finalidade de trazer aos autos principais a transcrição dos diálogos que envolvem o agravante nos autos principais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento, para determinar a realização da prova pericial nas interceptações telefônicas com a finalidade de trazer aos autos principais a transcrição dos diálogos que envolvem o agravante, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020101-55.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ACC INDUSTRIA DE ARTIGOS PARA ESCRITORIO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GLEISON MACHADO SCHUTZ - RS6220600A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020101-55.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ACC INDUSTRIA DE ARTIGOS PARA ESCRITORIO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GLEISON MACHADO SCHUTZ - RS62206

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ACC INDÚSTRIA DE ARTIGOS PARA ESCRITÓRIO LTDA. contra a decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a substituição da penhora e determinou o bloqueio de ativos via Bacenjud.

Alega a agravante, em síntese, que o bem oferecido em substituição tem valor de mercado superior tanto ao atualmente constrito como quanto à dívida exequenda. Sustenta, ademais, que a medida de constrição de ativos é desnecessária e extrema. Por fim, aduz ter havido cerceamento de defesa, já que não foi intimada antes da emissão da ordem de bloqueio.

Efeito suspensivo indeferido.

Com contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020101-55.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ACC INDUSTRIA DE ARTIGOS PARA ESCRITORIO LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GLEISON MACHADO SCHUTZ - RS62206

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Cuida a hipótese de execução fiscal na qual a r. decisão recorrida determinou o bloqueio de ativos financeiros da empresa executada por meio do sistema Bacenjud. Alega a agravante que tal medida não deve prosperar, uma vez que a dívida em cobro já está garantida desde a fase cautelar, ocasião em que foi oferecido bem imóvel de sua propriedade. Sustenta a recorrente que a decisão agravada desconsidera seu intento de substituição da garantia, por bem de valor muito maior que a dívida exequenda.

Não obstante a execução seja pautada no princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC), deve-se levar em conta a todo o momento que a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.

Cuidou o artigo 835 do CPC de estabelecer, portanto, uma ordem preferencial para a realização da penhora, visando permitir a eficiência do procedimento de cobrança. Também a Lei 6.830/80 (art. 9º e art. 11) estabelece uma ordem para a nomeação de bens à penhora. Cotejando os artigos supracitados, conclui-se que a exequente não se encontra obrigada a aceitar a nomeação de bens que, a despeito de figurarem em melhor localização no elenco do art. 11 citado, não ostentam a necessária liquidez.

Existindo bens outros livres e desembaraçados, portanto, é de rigor o acatamento da recusa pela exequente daqueles nomeados pela executada, o que se faz em harmonia com o comando do artigo 797 do NCPC (art. 612 do CPC/1973).

Acerca da matéria, manifestou-se o C. STJ de forma bastante específica:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA DE DIREITO CREDITÓRIO ORIUNDO DE PRECATÓRIO. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA FUNDADA NA DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM LEGAL DE NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.090.898/SP (Rel. Min. Castro Meira, DJe 31.8.2009), submetido ao procedimento previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, assentou o entendimento de que o crédito relativo a precatório judicial é penhorável, mesmo que o órgão devedor do precatório não seja o próprio exequente. No referido julgamento, todavia, ficou consignado que, para fins de penhora, o precatório judicial corresponde aos direitos creditórios previstos nos arts. 11, VIII, da Lei n. 6.830/80 e 655, XI, do Código de Processo Civil (CPC), e não ao dinheiro, razão pela qual é imprescindível a anuência do credor com a penhora de crédito decorrente de precatório judicial, podendo a recusa ser justificada por qualquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da Lei de Execuções Fiscais. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor. 2. A Primeira Seção do STJ, ao julgar como recurso repetitivo o REsp 1.337.790/PR (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 7.10.2013), deixou assentado que inexistente preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. No julgamento do retromencionado recurso repetitivo, ficou consignado que a jurisprudência deste Tribunal não autoriza a inversão da ordem preferencial do art. 655 do CPC, sem que estejam presentes circunstâncias fáticas especiais que justifiquem a prevalência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) sobre o que prescreve que a execução deve ser realizada no interesse do credor (art. 612 do CPC). Em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11 do mesmo diploma legal. É dele [do devedor] o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal dos bens penhoráveis, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC. 3. Incide na espécie a Súmula 83/STJ, do seguinte teor: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Esclareça-se que o óbice enunciado na referida súmula é aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea a do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental não provido. ...

(AGARESP 201303884344, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:05/02/2014 ..DTPB:.)

No mesmo sentido é a anotação de Theotonio Negrão:

"O direito conferido ao devedor de nomear bens à penhora não é absoluto, mas relativo; deve observar a ordem estabelecida na lei (CPC, art. 655), indicando aqueles bens mais facilmente transformáveis em dinheiro, sob pena de sofrer as consequências decorrentes de omissões, propositadas ou não, a respeito. Assim, não cumpridas essas exigências, sujeita-se o executado a ver devolvido ao credor o direito à nomeação (CPC, art. 657, 'caput', última parte)" (STJ 110/167).

(NEGRÃO, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 35ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 720, nota 3b ao art. 656)

Destaco que o art. 9º da Lei n. 6.830/80 prevê:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: (...)

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11;

Portanto, a lei não autoriza a aceitação de bens que estejam fora da ordem prevista pelo art. 11 da LEF. Para que isso ocorra, é necessária a demonstração da causa excepcional que justifique a alteração da ordem. A recusa da exequente fundada nesse argumento é plenamente aceitável, tendo em vista que objetivo da execução é extinguir a obrigação e não fazer com que ela perdure no tempo.

Logo, o princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado quando existirem alternativas igualmente úteis à satisfação do direito do credor. Nesse sentido, também, dispõe o art. 847 do CPC, permitindo a substituição do bem penhorado desde que não haja prejuízo para o exequente.

No caso, às fls. 91 dos autos originários, a União Federal recusou a substituição do bem por outro, também de propriedade da agravante. Como já exposto, a Fazenda Pública exequente não está obrigada a aceitar bens nomeados à penhora em desobediência à ordem legal, cuja inobservância exige a efetiva demonstração no caso concreto de elementos que justifiquem dar precedência ao princípio da menor onerosidade, o que não ocorreu no caso dos autos. Ressalte-se que o valor do bem oferecido não deve ser o único fator a ser analisado pela exequente antes de acatar a substituição da penhora.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É o meu voto.

E M E N T A

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BEM OFERECIDO. PRAZO LEGAL. RECUSA. MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO. VALIDADE DO BACENJUD. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Cuida a hipótese de execução fiscal na qual a r. decisão recorrida determinou o bloqueio de ativos financeiros da empresa executada por meio do sistema Bacenjud. Alega a agravante que tal medida não deve prosperar, uma vez que a dívida em cobro já está garantida desde a fase cautelar, ocasião em que foi oferecido bem imóvel de sua propriedade. Sustenta a recorrente que a decisão agravada desconsidera seu intento de substituição da garantia, por bem de valor muito maior que a dívida exequenda.

- Não obstante a execução seja pautada no princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC), deve-se levar em conta a todo o momento que a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.

- Cuidou o artigo 835 do CPC de estabelecer, portanto, uma ordem preferencial para a realização da penhora, visando permitir a eficiência do procedimento de cobrança. Também a Lei 6.830/80 (art. 9º e art. 11) estabelece uma ordem para a nomeação de bens à penhora. Cotejando os artigos supracitados, conclui-se que a exequente não se encontra obrigada a aceitar a nomeação de bens que, a despeito de figurarem em melhor localização no elenco do art. 11 citado, não ostentam a necessária liquidez.

- Existindo bens outros livres e desembaraçados, portanto, é de rigor o acatamento da recusa pela exequente daqueles nomeados pela executada, o que se faz em harmonia com o comando do artigo 797 do NCPC (art. 612 do CPC/1973).

- No mesmo sentido é a anotação de Theotonio Negrão: "*O direito conferido ao devedor de nomear bens à penhora não é absoluto, mas relativo; deve observar a ordem estabelecida na lei (CPC, art. 655), indicando aqueles bens mais facilmente transformáveis em dinheiro, sob pena de sofrer as consequências decorrentes de omissões, propositadas ou não, a respeito. Assim, não cumpridas essas exigências, sujeita-se o executado a ver devolvido ao credor o direito à nomeação (CPC, art. 657, 'caput', última parte)*" (STJ 110/167). (NEGRÃO, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 35ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 720, nota 3b ao art. 656)

- Destaco que o art. 9º da Lei n. 6.830/80 prevê: *Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: (...) III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11;*

- Portanto, a lei não autoriza a aceitação de bens que estejam fora da ordem prevista pelo art. 11 da LEF. Para que isso ocorra, é necessária a demonstração da causa excepcional que justifique a alteração da ordem. A recusa da exequente fundada nesse argumento é plenamente aceitável, tendo em vista que objetivo da execução é extinguir a obrigação e não fazer com que ela perdure no tempo.

- Logo, o princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado quando existirem alternativas igualmente úteis à satisfação do direito do credor. Nesse sentido, também, dispõe o art. 847 do CPC, permitindo a substituição do bem penhorado desde que não haja prejuízo para o exequente.

- No caso, às fls. 91 dos autos originários, a União Federal recusou a substituição do bem por outro, também de propriedade da agravante. Como já exposto, a Fazenda Pública exequente não está obrigada a aceitar bens nomeados à penhora em desobediência à ordem legal, cuja inobservância exige a efetiva demonstração no caso concreto de elementos que justifiquem dar precedência ao princípio da menor onerosidade, o que não ocorreu no caso dos autos. Ressalte-se que o valor do bem oferecido não deve ser o único fator a ser analisado pela exequente antes de acatar a substituição da penhora.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012928-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CONSTRUELLO COM E REPRES DE MATS PARA CONSTRUCAO LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO MARTINS RIZZO - SP3060760A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012928-77.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CONSTRUELLO COM E REPRES DE MATS PARA CONSTRUCAO LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO MARTINS RIZZO - SP306076

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por CONSTRUELLO COM E REPRESENTANTE DE MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA - EPP em face de decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta.

Alega a agravante, em síntese, que o crédito executado está fulminado pela prescrição. Neste sentido, afirma não haver causa de suspensão da exigibilidade, uma vez ter havido mero pedido de adesão, mas não o efetivo parcelamento.

Efeito suspensivo deferido.

Com contraminuta.

É o relatório.

VOTO

A prescrição vem disciplinada no art. 174, do CTN e opera a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário.

Em se tratando aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do art. 150 do CTN, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular n.º 436, do E. STJ: "*A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco*".

Dessa forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Assim, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ENTREGA DAS DCTF'S. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ORIENTAÇÃO ADOTADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. RECONHECIMENTO DO DÉBITO PELO CONTRIBUINTE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. SISTEMÁTICA DIVERSA DAQUELA APLICADA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA IMPOSTA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. A jurisprudência desta Corte já pacificou, em sede de recurso repetitivo, na sistemática do art. 543-C, do CPC, entendimento no sentido de que, em regra, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada (lançamento por homologação) inicia-se na data do vencimento, no entanto, nos casos em que o vencimento antecede a entrega da declaração, o início do prazo prescricional se desloca para a data da apresentação do aludido documento (REsp. n.º 1.120.295 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010).

2. O protocolo de pedido administrativo de compensação de débito por parte do contribuinte devedor configura ato inequívoco extrajudicial de reconhecimento do seu débito que pretende compensar, ensejando a interrupção da prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário - execução fiscal, na forma do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN.

3. (...).

7. Recurso especial não provido.

(STJ; Proc. RESP 200800774148; Rel. 2ª Turma; MAURO CAMPBELL MARQUES; DJE:28/09/2010).

In casu, foi ajuizada a execução fiscal sob o nº 0099610-97.2000.403.6182, visando à cobrança dos créditos inscritos na CDA nº 80.6.00.020804-32, cuja constituição ocorreu mediante notificação pessoal.

Nos termos do entendimento supracitado, firmado em recurso repetitivo, inicia-se o prazo prescricional na data do vencimento do tributo, ou no momento da entrega da declaração se ela for posterior ao vencimento. Contudo, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões, a constituição do crédito tributário deverá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido colaciono:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. 1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). 2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. 3. O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial. 4. Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos". 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial."

(STJ, Segunda Turma, EDRESP 1162055, Rel. Castro Meira, DJE 14/02/2011).

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. No lançamento por homologação, o contribuinte, ou o responsável tributário, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito condicionada à futura homologação expressa ou tácita pela autoridade fiscal competente. Havendo pagamento antecipado, o Fisco dispõe do prazo decadencial de cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi pago ou lançar a diferença acaso existente (art. 150, § 4º, do CTN).

2. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que se homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V, do CTN, cujo prazo decadencial se rege pela regra geral do art. 173, I, do CTN: cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado.

3. A tese segundo a qual a regra do art. 150, § 4º, do CTN deve ser aplicada cumulativamente com a do art. 173, I, do CTN, resultando em prazo decadencial de dez anos, já não encontra guarida nesta Corte. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp 18.358/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTS. 150, § 4º, e 173 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. O prazo decadencial para tributos lançados por homologação obedece à seguinte lógica: a) não ocorrendo pagamento antecipado, incide o art. 173, I, do CTN, por absoluta inexistência do que homologar; b) havendo pagamento antecipado a menor, aplica-se a regra do art. 150, § 4º, desse mesmo diploma normativo. In casu, como não foi feita a antecipação do pagamento, atrai-se o disposto no art. 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp 105.771/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012)

O lançamento efetuado de ofício pela autoridade fiscal, em razão da lavratura de auto de infração, consubstancia a constituição do crédito tributário (art. 142, do CTN), de modo que a respectiva notificação abre oportunidade ao devedor para impugnar a exigência, impugnação essa deflagrada do processo administrativo correspondente, cuja decisão definitiva constitui o termo "a quo" de fluência do prazo prescricional (art. 145, I, do CTN).

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INÍCIO DA PRESCRIÇÃO DA DEMANDA COM A NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE ACERCA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CTN, ART. 174. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL DA FLUÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. APRESENTAÇÃO DE GFIP. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIOS NO JULGADO. INSATISFAÇÃO COM O DESLINDE DA CAUSA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Depreende-se dos autos que o ponto da controvérsia está na insatisfação com o deslinde da causa. O acórdão embargado encontra-se suficientemente discutido, fundamentado e de acordo com a jurisprudência desta Corte, não ensejando, assim, o seu acolhimento.

2. Os embargantes não apontam nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material nas razões recursais.

3. É entendimento assente nesta Corte que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito. Não havendo impugnação pela via administrativa, caso dos autos, o curso do prazo prescricional inicia-se com a notificação do lançamento tributário.

4. A declaração de débito apresentada pelo devedor dispensa a formalização de procedimento administrativo pelo Fisco, com vista a constituir definitivamente o crédito tributário. Este entendimento está consolidado nesta Corte segundo o rito reservado aos recursos repetitivos, REsp 1.143.094/SP, Rel. Min. Luiz Fux.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 439.781/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE.

1. Sobre o tema, esta Corte Superior de Justiça firmou compreensão de que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito, que se dá, nos casos de lançamento de ofício, quando não couber recurso administrativo ou quando se houver esgotado o prazo para sua interposição. Precedentes: EDcl no AgRg no AREsp 439.781/RO, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/03/2014; EDcl no AREsp 197.022/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 20/03/2014; e REsp 773.286/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 09/11/2006;

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem quanto à ausência de impugnação administrativa demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 424.868/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 25/06/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DL Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO. NOTIFICAÇÃO. ART. 174 DO CTN. SÚMULA Nº 153/TFR. PRECEDENTES. 1. Embargos de declaração contra decisão que proveu o recurso especial da Fazenda Nacional. Ocorrência de omissão quanto à apreciação da matéria, por não se atentar para a existência de documento nos autos que comprovam a interrupção do prazo prescricional. 2. A respeito da ocorrência ou não da prescrição, nos casos em que pendente procedimento administrativo fiscal, ocorrido após a notificação do contribuinte, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de forma vasta, tem se pronunciado nos seguintes termos: - "A antiga forma de contagem do prazo prescricional, expressa na Súmula 153 do extinto TFR, tem sido hoje ampliada pelo STJ, que adotou a posição do STF. Atualmente, enquanto há pendência de recurso administrativo, não se fala em suspensão do crédito tributário, mas sim em um hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo ou a revisão ex-officio. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional." (REsp nº 485738/RO) - "O prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN só tem início com a decisão definitiva do recurso administrativo (Súmula 153 do TFR), não havendo que se falar, portanto, em prescrição intercorrente." (AGRESP nº 577808/SP) - "O STJ fixou orientação de que o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN só se inicia com a apreciação, em definitivo, do recurso administrativo (art. 151, inciso III, do CTN)." (AGA nº 504357/RS) - "Entre o lançamento e a solução administrativa não corre nem o prazo decadencial, nem o prescricional, ficando suspensa a exigibilidade do crédito." (REsp nº 74843/SP) - "'O Código Tributário Nacional estabelece três fases inconfundíveis: a que vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que corre prazo de decadência (art. 173, I e II); a que se estende da notificação do lançamento até a solução do processo administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, III); a que começa na data da solução final do processo administrativo, quando corre prazo de prescrição da ação judicial da fazenda (art. 174)' (RE 95365/MG, Rel. Ministro Décio Miranda, in DJ 03.12.81)." (REsp nº 190092/SP) - "Lavrado o auto de infração consuma-se o lançamento, só admitindo-se o lapso temporal da decadência do período anterior ou depois, até o prazo para a interposição do recurso administrativo. A partir da notificação do contribuinte o crédito tributário já existe, descogitando-se da decadência. Esta, relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo do Estado rever e homologar o lançamento." (REsp nº 193404/PR) - "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos." (REsp nº 189674/SP) - "A constituição definitiva do crédito tributário se dá quando não mais cabível recurso ou após o transcurso do prazo para sua interposição, na via administrativa." (REsp nº 239106/SP) 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para, na seqüência, desprover ao recurso especial. ..EMEN:

(EDRESP 200400265410, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:17/12/2004 PG:00457 ..DTPB:.)

No caso dos autos, verifica-se que a agravante aderiu a parcelamento em 30/01/2006 (fl. 97/101 dos autos originários), sendo excluída em 11/12/2008 (fl. 126). Consta, outrossim, que a agravante realizou novo pedido de parcelamento em 04/12/2009 (Fls. 334/339 – Doc. ID 884685), no entanto não se verifica que a correspondente adesão efetiva.

Assim não se fala em interrupção da prescrição, pois é o parcelamento, e não o mero requerimento - tampouco o pagamento das primeiras parcelas -, que suspende a exigibilidade do crédito tributário. Com efeito, só haverá parcelamento, e a conseqüente suspensão do direito de exigir a dívida objeto dele, com a anuência do Fisco ao requerimento correlato, eis que o instituto não se confunde com o mero pedido de sua aplicação. Nesse sentido o acórdão proferido pelo STJ no RESP 957509 sob a sistemática do Art. 543-C.

Fato é que a consolidação do crédito parcelado é de suma importância para a suspensão da exigibilidade. *In casu* tem-se que o parcelamento não foi consolidado. Assim, inviável o reconhecimento da suspensão da exigibilidade. E considerando que a exequente voltou a dar andamento ao feito apenas em 30/01/2015, tem-se que o crédito exequendo encontra-se fulminado pela prescrição.

Quanto à condenação da exequente ao pagamento de verba honorária, em sede de exceção de pré-executividade acolhida ou acolhida parcialmente, verifica-se que, tanto no caso de oposição de embargos, como no caso de mera apresentação de exceção de pré-executividade, o executado teve que efetuar despesas e constituir advogado para se defender da execução indevida, o que impõe o ressarcimento das quantias despendidas.

Assim, cabe ao vencido, aquele que deu causa à instauração do processo, arcar com as despesas dele decorrentes.

A jurisprudência já firmou entendimento no sentido do cabimento da verba honorária, quando do acolhimento da exceção de pré-executividade, mesmo quando a execução fiscal prossiga, em razão da natureza contenciosa da medida processual.

Nesse sentido, destaco precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS. CABIMENTO.

É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos.

(EDcl no AgRg no REsp 1319947/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL EM AÇÕES DE PROTESTO JUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE. CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE UBERLÂNCIA DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme quanto à necessidade de que os contribuintes sejam citados pessoalmente em ações de protesto judicial. A citação editalícia só é permitida se não obtiverem êxito as outras formas de citação.

2. Esta Corte já consolidou o entendimento de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes.

3. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE UBERLÂNCIA improvido.

(AgRg no AREsp 154.225/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 13/09/2012)

Dessa forma, será sucumbente a parte que deu causa à instauração de uma relação processual indevida. Na espécie, a execução está extinta por força do decreto de prescrição do crédito tributário. Assim, é cabível a condenação da exequente ao pagamento desta verba.

Quanto ao seu valor, que a exceção de pré-executividade e a sua decisão estão sob a égide do novo Código de Processo Civil, aplicam-se as disposições do art. 85 do diploma processual vigente.

Na hipótese dos autos, considerando o atual valor do proveito econômico é de R\$ 1.231.857,81, é aplicável os parâmetros previstos no art. 85, §3º I a V, do CPC, cuja definição do percentual ocorrerá quando liquidado o julgado, conforme previsto no § 4º, inciso II, da referida lei processual.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento**, para decretar a extinção do crédito tributário em virtude da prescrição, condenando a Fazenda Nacional em honorários advocatícios, nos moldes da fundamentação.

É o meu voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Agravo de instrumento interposto por Construello Comércio e Representações de Materiais para Construção Ltda. - EPP contra decisão que, em sede de execução fiscal, não reconheceu a ocorrência da prescrição e rejeitou a exceção de pré-executividade (ID 884620, p. 01).

A relatora deu provimento ao recurso para decretar a extinção do crédito em razão do decurso do prazo extintivo. Divirjo, todavia.

Cinge-se a questão à verificação da suspensão da prescrição em razão de adesão a programa de parcelamento.

Constituído o crédito tributário por meio da lavratura de auto de infração em 27.08.1997, a fazenda pública ajuizou a ação executiva em 13.12.2000. De acordo com os documentos juntados aos autos, a agravante aderiu ao parcelamento REFIS em 08.12.2000 e nele permaneceu até 01.12.2008 (ID 884661, p. 06). Posteriormente, em 17.11.2009, o executado aderiu ao PAEX, instituído pela Lei n.º 11.941/09, cujo pedido foi cancelado em 29.12.2011 (ID 884685, p. 09) em razão da não apresentação de informações de consolidação, na forma do artigo 15, §3º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 06/2009.

Alega a agravante que o pedido de adesão ao parcelamento não suspendeu o decurso do prazo extintivo, porquanto não houve a efetivação do benefício. Contudo, não lhe assiste razão. É cediço que o parcelamento da dívida, ato inequívoco extrajudicial, importa em reconhecimento do débito pelo devedor, consoante dispõe o artigo 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN, é causa interruptiva da prescrição:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

(...)

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. [destaque]

O Superior Tribunal de Justiça adota entendimento no sentido de que basta a formalização do pedido de parcelamento para que seja interrompido o prazo quinquenal, de forma que prescindível a consolidação do débito para que mencionado efeito se confirme, notadamente porque a norma complementar não exige o prévio exame do pleito por parte da administração, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA DEMORA NA CITAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PARCELAMENTO DO DÉBITO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem afastou a culpa do ente fazendário pela demora na citação do executado, razão pela qual restou desacolhida a tese de ocorrência da prescrição. Modificar esse entendimento demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

2. "O pedido de parcelamento do débito tributário interrompe a prescrição nos termos do art. 174, IV, do CTN por representar ato inequívoco de reconhecimento da dívida" (REsp 1.369.365/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19/6/13).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 413.813/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 20.02.2014, DJe 11.03.2014, destaque).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. A PENDÊNCIA DE PARCELAMENTO SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E INTERROMPE A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. O parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI do CTN) e, por representar manifestação de reconhecimento do débito pelo devedor, interrompe a contagem da prescrição (art. 174, parágrafo único, IV do CTN), que torna a fluir integralmente no caso de inadimplência. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental do contribuinte a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 237.016/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 16.09.2014, DJe 13.10.2014, destaque).

Ademais, a jurisprudência desta corte já se manifestou, de forma reiterada, no sentido de que o requerimento de adesão inicia uma fase em que os créditos ficam destituídos de exigibilidade, em razão da possibilidade de indicação para parcelamento. Desse modo, até que se efetive a consolidação, o período de prescrição encontra-se suspenso, retomando o fluxo apenas em caso de exclusão do passivo, conforme alegado pela agravada na manifestação de fls. 223/233. A respeito, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO A SER SUPRIDA. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DE DÉBITO EM PARCELAMENTO. PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. SUSPENSÃO DO PRAZO ENTRE O REQUERIMENTO GENÉRICO DE ADESÃO E A INDICAÇÃO DO PASSIVO PARCELÁVEL. RECURSO ACOLHIDO. RESULTADO DO JULGAMENTO MANTIDO.

(...)

V. Como não se sabem quaisquer débitos serão indicados para parcelamento, o prazo prescricional não pode continuar em curso. O credor não tem condições de exigir a dívida, enquanto subsiste a perspectiva de inclusão dela no programa de recuperação fiscal.

VI. O requerimento genérico de adesão inicia uma fase em que os créditos ficam destituídos de exigibilidade, em razão da própria possibilidade de indicação para parcelamento. Nessas circunstâncias, até que ocorra a consolidação, o período de prescrição se suspende, retomando o fluxo apenas em caso de exclusão do passivo.

VII. As peças do agravo de instrumento revelam que Setec Tecnologia S/A, na data de 09/2009, fez opção por todas as modalidades de parcelamento da Lei nº 11.941/2009. O prazo prescricional aplicável aos tributos inscritos em Dívida Ativa sob o nº 80.2.10.028447-41 e que havia sido reiniciado em 09/2005 ficou suspenso até a indicação do passivo parcelável, ocorrida em 06/2010.

VIII. Com a ausência de inclusão do débito na consolidação, o período retomou o curso. A União propôs a execução fiscal em 12/2010, antes do quinquênio previsto no artigo 174, caput, do CTN.

IX. Embargos de declaração acolhidos. Resultado do julgamento do agravo mantido.

(AI 00256409720114030000, Rel. Des. Federal Antônio Cedenho, Terceira Turma, j. 07.02.2018, e-DJF3 Judicial 1 de 16.02.2018, destaques).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. PARCELAMENTO INSTITUÍDO PELA LEI 11.491/2009. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO PREVISTA NO ART. 127 DA LEI N. 12.249/2010. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

I - O parcelamento é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a confissão espontânea configura causa de interrupção do curso da prescrição, consoante previsto nos artigos 151, VI c/c 174, IV, do Código Tributário Nacional.

II - Nos termos do art. 127 da Lei nº 12.249/2010, entre o requerimento inicial do parcelamento da Lei nº 11.941/2009 e a posterior opção de inclusão, total ou parcial dos débitos existentes para fins de consolidação, todos os valores devidos pelo contribuinte devem ter sua exigibilidade suspensa. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

III - Interrompida a prescrição pela confissão espontânea e suspensa a exigibilidade até a exclusão do parcelamento, não transcorreu o lapso temporal quinquenal obstativo da pretensão executória do fisco em cobrar o débito discutido, o que afasta a alegação de inscrição indevida no CADIN e eventual pleito indenizatório.

IV - Apelação improvida.

(AC 00183428220144036100, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 04.04.2017, e-DJF3 Judicial 1 de 10.04.2017, destaques).

Desse modo, verifica-se que, interrompida a prescrição 17.11.2009 e mantida a suspensão da exigibilidade dos créditos até 29.12.2011, a retomada da ação executiva pela União em 18.05.2015 ocorreu tempestivamente, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

André Nabarrete

Desembargador Federal

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO. PARCELAMENTO NÃO CONSOLIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- A prescrição vem disciplinada no art. 174, do CTN e opera a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário.
- Em se tratando aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos termos do art. 150 do CTN, considera-se constituído o crédito tributário na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei, consoante restou cristalizado no enunciado sumular n.º 436, do E. STJ: "*A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco*".
- Dessa forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Assim, a partir do vencimento da obrigação tributária consignado no título, ou da entrega de declaração, se posterior, inicia-se a fluência do prazo prescricional.
- *In casu*, foi ajuizada a execução fiscal sob o n.º 0099610-97.2000.403.6182, visando à cobrança dos créditos inscritos na CDA n.º 80.6.00.020804-32, cuja constituição ocorreu mediante notificação pessoal.
- Nos termos do entendimento supracitado, firmado em recurso repetitivo, inicia-se o prazo prescricional na data do vencimento do tributo, ou no momento da entrega da declaração se ela for posterior ao vencimento. Contudo, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexactidões, a constituição do crédito tributário deverá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional.
- O lançamento efetuado de ofício pela autoridade fiscal, em razão da lavratura de auto de infração, consubstancia a constituição do crédito tributário (art. 142, do CTN), de modo que a respectiva notificação abre oportunidade ao devedor para impugnar a exigência, impugnação essa deflagrada do processo administrativo correspondente, cuja decisão definitiva constitui o termo "a quo" de fluência do prazo prescricional (art. 145, I, do CTN).
- No caso dos autos, verifica-se que a agravante aderiu a parcelamento em 30/01/2006 (fl. 97/101 dos autos originários), sendo excluída em 11/12/2008 (fl. 126). Consta, outrossim, que a agravante realizou novo pedido de parcelamento em 04/12/2009 (Fls. 334/339 – Doc. ID 884685), no entanto não se verifica que a correspondente adesão efetiva.
- Assim não se fala em interrupção da prescrição, pois é o parcelamento, e não o mero requerimento - tampouco o pagamento das primeiras parcelas -, que suspende a exigibilidade do crédito tributário. Com efeito, só haverá parcelamento, e a consequente suspensão do direito de exigir a dívida objeto dele, com a anuência do Fisco ao requerimento correlato, eis que o instituto não se confunde com o mero pedido de sua aplicação. Nesse sentido o acórdão proferido pelo STJ no RESP 957509 sob a sistemática do art. 543-C.
- Fato é que a consolidação do crédito parcelado é de suma importância para a suspensão da exigibilidade. *In casu* tem-se que o parcelamento não foi consolidado. Assim, inviável o reconhecimento da suspensão da exigibilidade. E considerando que a exequente voltou a dar andamento ao feito apenas em 30/01/2015, tem-se que o crédito exequendo encontra-se fulminado pela prescrição.
- Quanto à condenação da exequente ao pagamento de verba honorária, em sede de exceção de pré-executividade acolhida ou acolhida parcialmente, verifica-se que, tanto no caso de oposição de embargos, como no caso de mera apresentação de exceção de pré-executividade, o executado teve que efetuar despesas e constituir advogado para se defender da execução indevida, o que impõe o ressarcimento das quantias despendidas.
- Assim, cabe ao vencido, aquele que deu causa à instauração do processo, arcar com as despesas dele decorrentes.
- A jurisprudência já firmou entendimento no sentido do cabimento da verba honorária, quando do acolhimento da exceção de pré-executividade, mesmo quando a execução fiscal prossiga, em razão da natureza contenciosa da medida processual.
- Dessa forma, será sucumbente a parte que deu causa à instauração de uma relação processual indevida. Na espécie, a execução está extinta por força do decreto de prescrição do crédito tributário. Assim, é cabível a condenação da exequente ao pagamento desta verba.
- Quanto ao seu valor, que a exceção de pré-executividade e a sua decisão estão sob a égide do novo Código de Processo Civil, aplicam-se as disposições do art. 85 do diploma processual vigente.

- Na hipótese dos autos, considerando o atual valor do proveito econômico é de R\$ 1.231.857,81, é aplicável os parâmetros previstos no art. 85, §3º I a V, do CPC, cuja definição do percentual ocorrerá quando liquidado o julgado, conforme previsto no § 4º, inciso II, da referida lei processual.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, por maioria, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora, com quem votou o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que negava provimento ao agravo de instrumento. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023566-38.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BLUE WAVES INFORMATICA LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: ANTONIO PAULO RUIZ - SP182752

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que : **BLUE WAVES INFORMATICA LTDA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006960-66.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CARGILL AGRICOLA S A

Advogado do(a) AGRAVANTE: VITOR HUGO ALVES UBEDA - SP375546

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006960-66.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CARGILL AGRICOLA S A

Advogado do(a) AGRAVANTE: VITOR HUGO ALVES UBEDA - SP375546

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela **CARGILL AGRÍCOLA S/A** contra a decisão de doc. 637713 (pág. 3), que indeferiu o levantamento do depósito judicial efetuado pela agravante em sede de ação anulatória de débito.

Alega a agravante, em síntese, que requereu a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal e a emissão de certidão de regularidade fiscal (oferecendo seguro-garantia), com o objetivo de participar de Leilão Público, porém, não obteve decisão favorável, o que levou a mesma a efetuar o depósito do valor integral do crédito, viabilizando assim a renovação da certidão e a participação no referido leilão. Contudo, no decorrer da ação a apólice de seguro foi aceita pela União Federal, e tendo em vista que a agravante deseja tão somente oferecer garantia para possibilitar a emissão de futuras Certidões Positivas com Efeito de Negativas, não se faz necessária a manutenção do depósito judicial. Requer seja deferido o levantamento.

O recurso foi interposto sem pedido de efeito suspensivo.

Com contrarrazões, retornaram os autos para julgamento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006960-66.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: CARGILL AGRICOLA S A
Advogado do(a) AGRAVANTE: VITOR HUGO ALVES UBEDA - SP375546
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

A questão atinente à possibilidade de o contribuinte garantir o juízo de forma antecipada, antes mesmo do ajuizamento do feito executivo, foi objeto de análise pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil, ocasião em que se consolidou o entendimento favorável ao cidadão, na medida em que entendimento diverso implicaria impor ao contribuinte que contra si teve ajuizada ação de execução fiscal, condição mais favorável do que aquele contra o qual ainda não houve o ajuizamento.

Confira-se a ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. **Dispõe o artigo 206 do CTN que: "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.**

3. *É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.*

4. *Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.*

5. *Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.*

6. *Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão.*

7. *In casu, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução, consoante dessume-se da seguinte passagem do voto condutor do aresto recorrido, in verbis: "No caso dos autos, por intermédio da análise dos documentos acostados, depreende-se que os débitos a impedir a certidão de regularidade fiscal perfazem um montante de R\$ 51.802,64, sendo ofertados em garantia pela autora chapas de MDF adquiridas para revenda, às quais atribuiu o valor de R\$ 72.893,00.*

Todavia, muito embora as alegações da parte autora sejam no sentido de que o valor do bem oferecido é superior ao crédito tributário, entendo que o bem oferecido como caução carece da idoneidade necessária para aceitação como garantia, uma vez que se trata de bem de difícil alienação.

8. *Destarte, para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, é imprescindível o revolvimento de matéria fático-probatória, o que resta defeso a esta Corte Superior, em face do óbice erigido pela Súmula 07 do STJ.*

9. *Por idêntico fundamento, resta interdita, a este Tribunal Superior, a análise da questão de ordem suscitada pela recorrente, consoante infere-se do voto condutor do acórdão recorrido, litteris: "Prefacialmente, não merece prosperar a alegação da apelante de que é nula a sentença, porquanto não foi observada a relação de dependência com o processo de nº 2007.71.00.007754-8. Sem razão a autora. Os objetos da ação cautelar e da ação ordinária em questão são diferentes. Na ação cautelar a demanda limita-se à possibilidade ou não de oferecer bens em caução de dívida tributária para fins de obtenção de CND, não se adentrando a discussão do débito em si, já que tal desbordaria dos limites do procedimento cautelar. Ademais, há que se observar que a sentença corretamente julgou extinto o presente feito, sem julgamento de mérito, em relação ao pedido que ultrapassou os limites objetivos de conhecimento da causa próprios do procedimento cautelar." 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*

(REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010 - grifei)

Cabe, portanto, analisar a possibilidade de se garantir o juízo por meio de seguro-garantia, com a produção de efeitos similares ao da penhora.

Com efeito, a respeito do tema, a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), com as recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.043/14, dispõe que:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia; (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014) Vigência

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

§ 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2º Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária, do seguro garantia ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014) Vigência

§ 3º A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora. (Incluído pela Lei nº 13.043, de 2014) Vigência

§ 4º - Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

§ 5º - A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 6º - O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor. (grifei)

Deste modo, observa-se que, por expressa previsão legal, ao contribuinte é dada a possibilidade de garantir o juízo mediante apresentação de seguro-garantia. Confirmam-se, nesse sentido, recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO-GARANTIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. LEI 13.043/2014. MODALIDADE EXPRESSAMENTE INSERIDA NA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. ART. 9º, II, DA LEF. NORMA PROCESSUAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. CABIMENTO. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se o seguro garantia judicial pode ser utilizado, em Execução Fiscal, como modalidade de garantia da dívida. 2. A jurisprudência do STJ, em atenção ao princípio da especialidade, era no sentido do não cabimento, uma vez que o art. 9º da LEF não contemplava o seguro-garantia como meio adequado a assegurar a Execução Fiscal. 3. Sucede que a Lei 13.043/2014 deu nova redação ao art. 9º, II, da LEF para facultar expressamente ao executado a possibilidade de "oferecer fiança bancária ou seguro garantia". A norma é de cunho processual, de modo que possui aplicabilidade imediata aos processos em curso. 4. Não merece acolhida, portanto, a pretensão da Fazenda Pública do Estado de São Paulo de impedir que a dívida seja garantida mediante oferecimento de seguro-garantia. 5. Recurso Especial não provido. ..EMEN:

(RESP 201403409851, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/04/2015 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. SEGURO GARANTIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. Ademais, o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ. 2. Nos termos do artigo 15, I, da Lei 6.830/80, com as alterações introduzidas pela Lei 13.043/2014, a substituição da penhora por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, não está sujeita à concordância da exequente. 3. Em que pese a possibilidade de garantir a execução por seguro garantia, faz-se necessária a verificação do preenchimento dos requisitos estabelecidos na Portaria PGFN 164/2014, o que deve ser realizado perante o Juízo "a quo", em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição. 4. Agravo interno desprovido.

(AI 00151126220154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/11/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. SEGURO GARANTIA. EXECUÇÃO FISCAL. LEI SUPERVENIENTE. LEI 13.043/2014. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Cabível aplicar o direito superveniente, nos termos do artigo 462, CPC, consistente na previsão de aceitação de seguro garantia para os fins do artigo 9º, II, da Lei 6.830/1980, com a redação dada pela Lei 13.043, de 13/11/2014, e assim, igualmente, para a caução destinada à emissão de certidão de regularidade fiscal. 2. Embargos de declaração acolhidos para, com base no direito superveniente, dar provimento ao agravo inominado, reformando a decisão agravada para efeito de negar provimento ao agravo de instrumento fazendário.

(AI 00255317820144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/02/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA. AÇÃO CAUTELAR OFERECIMENTO DE GARANTIA ANTECIPATÓRIA À EVENTUAL EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA À PORTARIA PGFN Nº 1.153/2009. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. CABIMENTO. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1 - Inicialmente, tenho por ocorrida a remessa oficial, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil. 2 - Trata a presente ação cautelar de garantia antecipatória de débito consubstanciado nos Processos Administrativos - PA's nºs 10805.904.758/2012-59; 10805.904.759/2012-01; 10805.904.760/2012-28; 10805.904.761/2012-72; 10805.905.705/2012-55; 10805.905.706/2012-08, mediante a oferta da apólice de Seguro Garantia nº 6.427.983, para fins de assegurar à autora a obtenção de certidão de regularidade fiscal (Certidão Positiva com efeitos de Negativa). 3 - No caso em exame, o cerne da controvérsia nesta via recursal cinge-se à impugnação, pela recorrente, à aceitação do Seguro Garantia oferecido pela autora, ora apelada, além do afastamento da condenação da União ao pagamento da verba honorária. 4 - Consta-se, à vista da previsão contida nos itens mencionados (4, 4.1. e 4.2.), que a garantia ofertada pela autora, consubstanciada na Apólice nº 6.127.983, encontra-se em observância ao prescrito na Portaria PGFN nº 1.153/2009, ao contrário do alegado pela apelante, possibilitando a expedição da certidão de regularidade fiscal (Certidão Positiva com efeitos de Negativa Conjunta de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União) em nome da empresa autora, eis que demonstrada a garantia do Juízo. 5 - Por oportuno, vale mencionar que o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) passou a prever como hipótese de garantia legal à execução o "Seguro Garantia", com a redação dada pela Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, objeto de conversão da Medida Provisória nº 651/2014. 6 - Por derradeiro, no que alude à verba honorária, restou demonstrado o cabimento da condenação da União ao ônus de sucumbência haja vista a apresentação de resistência por parte da requerida à pretensão da autora, pugando pela improcedência do pedido aduzido na inicial, conforme se observa à vista da contestação de fls. 206/216, acostada aos autos. 7 - Contudo, para efeito de fixação dos honorários advocatícios, há de se considerar a natureza da demanda e a ausência de complexidade na solução da lide, tratando-se de matéria eminentemente de direito, que não demandou dispendiosos trabalhos por parte do patrono da autora. Ademais, a fixação da verba honorária deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, valorando o trabalho profissional do patrono da parte, sem, contudo, caracterizar locupletamento ilícito. 8 - Ademais, considerando a mobilização de recursos e despesas que são suportados por toda a sociedade ante a sucumbência da Fazenda Nacional, mormente levando em conta o valor atribuído à causa, ainda que para efeitos fiscais (R\$ 1.052.905,21 à data da propositura da ação), e à luz dos demais critérios estabelecidos no § 4º, do art. 20 do Código de Processo Civil, mediante apreciação equitativa do magistrado, o qual está legitimado a utilizar tanto de percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, bem como fixar os honorários em valor determinado, entendo afigurar-se razoável a redução do valor da condenação arbitrada na sentença impugnada, e revejo o entendimento adotado no julgado recorrido para reduzir a verba honorária a cargo da União (Fazenda Nacional), fixando-a em R\$ 8.000,00 (oito mil reais). 9 - Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, parcialmente providas.

(TRF3, AC 0000343-38.2014.4.03.6126, rel. Des. Fed. Nery Junior, 3ª Turma, j. 28/05/2015, publ. e-DJF3 03/06/2015);

O seguro-garantia tem a finalidade de assegurar a satisfação do crédito executando, mesmo antes do ingresso da execução por parte do Fisco. Nos termos do § 3º do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, produz os mesmos efeitos da penhora. Entretanto, sua aceitação exige o cumprimento de requisitos previstos na Portaria PGFN 164/2014, como bem observado pela decisão agravada.

Ainda, pertinente esclarecer que, conforme decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, a fiança bancária não se equipara ao depósito em dinheiro para fins de suspensão do crédito tributário (art. 151 do CTN), podendo, contudo, ser equiparada à penhora e, observado o quantum afiançado, consiste fundamento suficiente para expedição de certidão positiva com efeitos de negativa (REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010). O mesmo raciocínio se aplica ao seguro-garantia, vez que se trata de modalidade semelhante à fiança bancária, prevista no mesmo dispositivo legal e com a mesma finalidade.

Nesses termos, afigura-se viável a garantia da dívida em momento anterior ao ajuizamento e, conforme adrede destacado, ela pode ser concretizada por meio de apresentação de seguro-garantia, ainda que não seja suficiente para suspensão da exigibilidade dos créditos.

Entretanto, para a correta aceitação do seguro garantia, ele deve preencher os requisitos elencados na Portaria PGFN 164/2014.

No caso dos autos, observa-se que a garantia atende a tais requisitos, tendo sido expressamente aceita pela União Federal (doc. n. 637710, pág. 3).

No tocante à suspensão da exigibilidade do crédito, esta pode ser concedida em razão de qualquer uma das hipóteses constantes do art. 151 do CTN.

Conforme leciona Leandro Paulsen a suspensão da exigibilidade mediante liminar independe do oferecimento de depósito, confira-se:

"Condicionamento do deferimento de liminar ao depósito do montante do tributo. Não é correto o condicionamento do deferimento de liminar ao depósito do montante do tributo. Isso porque são causas distintas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Assim, o Juiz deve apreciar se estão presentes os requisitos para concessão da liminar (art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51 no caso do mandado de segurança; art. 798 do CPC em se tratando de cautelar; art. 273 do CPC em se tratando de antecipação de tutela em ação ordinária) e concedê-la ou não. Neste último caso, restará ao contribuinte, ainda, a possibilidade de efetuar o depósito do montante do tributo para obter a suspensão da exigibilidade do crédito". (Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 16ª Edição. Porto Alegre: Esmafe, 2014, pág. 1209).

Nesse sentido também é o posicionamento de Luciano Amaro:

"A liminar não depende de garantia (depósito ou fiança), mas é frequente que sua concessão seja subordinada à prestação de garantia ao sujeito ativo, inclusive o depósito. A exigência de depósito, nessa situação, não nos parece justificável. Se estão presentes os requisitos para concessão da liminar (fumus boni iuris e periculum in mora), a liminar deve ser concedida, exatamente para proteger o impetrante da agressão patrimonial iminente por parte da autoridade coatora". (Direito Tributário Brasileiro, 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 414)

O oferecimento de garantia em ação anulatória com o fito de suspender a exigibilidade tem lugar quando indeferido o pedido liminar de suspensão ou quando reformada a decisão que concedeu a suspensão. Nesse sentido já decidiu o C. STJ, sob o rito dos recursos representativos de controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA DO CRÉDITO FISCAL. CONDICIONAMENTO AO DEPÓSITO PRÉVIO DO MONTANTE INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A propositura de ação anulatória de débito fiscal não está condicionada à realização do depósito prévio previsto no art. 38 da Lei de Execuções Fiscais, posto não ter sido o referido dispositivo legal recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em virtude de incompatibilidade material com o art. 5º, inciso XXXV, verbis: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

2. "Ação anulatória de débito fiscal. art. 38 da lei 6.830/80. Razoável a interpretação do aresto recorrido no sentido de que não constitui requisito para a propositura da ação anulatória de débito fiscal o depósito previsto no referido artigo. Tal obrigatoriedade ocorre se o sujeito passivo pretender inibir a Fazenda Pública de propor a execução fiscal. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 105552, Relator Min. DJACI FALCAO, Segunda Turma, DJ 30-08-1985)

3. Deveras, o depósito prévio previsto no art. 38, da LEF, não constitui condição de procedibilidade da ação anulatória, mas mera faculdade do autor; para o efeito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN, inibindo, dessa forma, o ajuizamento da ação executiva fiscal, consoante a jurisprudência pacífica do E. STJ. (Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no Ag 1107172/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 11/09/2009; REsp 183.969/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2000, DJ 22/05/2000; REsp 60.064/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/1995, DJ 15/05/1995; REsp 2.772/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/1995, DJ 24/04/1995)

4. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (grifei)
(REsp nº 962838/BA, Primeira Seção; Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/12/2009)

De fato, uma vez obtida a suspensão da exigibilidade nos termos do art. 151, V do CTN, não é necessário que o contribuinte apresente o depósito integral do montante devido. Somente na hipótese de reversão da decisão que concedeu a suspensão é que o depósito deverá ser utilizado com o escopo de obstar o ajuizamento de uma execução fiscal ou o curso de uma que já esteja ajuizada.

Ressalte-se que, nos termos do Resp n. 962.838/BA (art. 5º, XXXV da CF), o art. 38 da Lei de Execuções Fiscais não foi recepcionado pela Constituição Federal, o que inclusive ensejou a elaboração da Súmula Vinculante n. 28.

In casu, o oferecimento de seguro-garantia somente não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito discutido na ação, tal situação apenas foi possibilitada pelo depósito judicial, vez que não preenchida outra hipótese do art. 151 do CTN. Todavia, considerando-se que a agravante deixou de perseguir tal suspensão de exigibilidade e que busca somente garantir a ação para que sejam emitidas futuras certidões de regularidade fiscal, é devido o levantamento dos valores pleiteados.

Diante do exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento** nos termos da fundamentação.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. GARANTIA ANTECIPADA DO JUÍZO PARA OBTENÇÃO DE CPE-ND. SEGURO GARANTIA ACEITO PELA UNIÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- A questão atinente à possibilidade de o contribuinte garantir o juízo de forma antecipada, antes mesmo do ajuizamento do feito executivo, foi objeto de análise pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil, ocasião em que se consolidou o entendimento favorável ao cidadão, na medida em que entendimento diverso implicaria impor ao contribuinte que contra si teve ajuizada ação de execução fiscal, condição mais favorável do que aquele contra o qual ainda não houve o ajuizamento (REsp 1123669/RS).
- Por expressa previsão legal, ao contribuinte é dada a possibilidade de garantir o juízo mediante apresentação de seguro-garantia (Art. 9º da Lei nº 6.830/80). Precedentes.
- O seguro-garantia tem a finalidade de assegurar a satisfação do crédito exequendo, mesmo antes do ingresso da execução por parte do Fisco. Nos termos do § 3º do artigo 9º da Lei nº 6.830/80, produz os mesmos efeitos da penhora. Entretanto, sua aceitação exige o cumprimento de requisitos previstos na Portaria PGFN 164/2014, como bem observado pela decisão agravada.
- Ainda, pertinente esclarecer que, conforme decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que obedeceu à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, a fiança bancária não se equipara ao depósito em dinheiro para fins de suspensão do crédito tributário (art. 151 do CTN), podendo, contudo, ser equiparada à penhora e, observado o quantum afofado, consiste fundamento suficiente para expedição de certidão positiva com efeitos de negativa (REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010). O mesmo raciocínio se aplica ao seguro-garantia, vez que se trata de modalidade semelhante à fiança bancária, prevista no mesmo dispositivo legal e com a mesma finalidade.
- Nesses termos, afigura-se viável a garantia da dívida em momento anterior ao ajuizamento e, conforme adrede destacado, ela pode ser concretizada por meio de apresentação de seguro-garantia, ainda que não seja suficiente para suspensão da exigibilidade dos créditos.
- Entretanto, para a correta aceitação do seguro garantia, ele deve preencher os requisitos elencados na Portaria PGFN 164/2014.
- No caso dos autos, observa-se que a garantia atende a tais requisitos, tendo sido expressamente aceita pela União Federal (doc. n. 637710, pág. 3).
- No tocante à suspensão da exigibilidade do crédito, esta pode ser concedida em razão de qualquer uma das hipóteses constantes do art. 151 do CTN.
- Conforme leciona Leandro Paulsen a suspensão da exigibilidade mediante liminar independe do oferecimento de depósito, confira-se: *"Condicionamento do deferimento de liminar ao depósito do montante do tributo. Não é correto o condicionamento do deferimento de liminar ao depósito do montante do tributo. Isso porque são causas distintas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Assim, o Juiz deve apreciar se estão presentes os requisitos para concessão da liminar (art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51 no caso do mandado de segurança; art. 798 do CPC em se tratando de cautelar; art. 273 do CPC em se tratando de antecipação de tutela em ação ordinária) e concedê-la ou não. Neste último caso, restará ao contribuinte, ainda, a possibilidade de efetuar o depósito do montante do tributo para obter a suspensão da exigibilidade do crédito". (Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 16ª Edição. Porto Alegre: Esmafe, 2014, pág. 1209).*
- Nesse sentido também é o posicionamento de Luciano Amaro: *"A liminar não depende de garantia (depósito ou fiança), mas é frequente que sua concessão seja subordinada à prestação de garantia ao sujeito ativo, inclusive o depósito. A exigência de depósito, nessa situação, não nos parece justificável. Se estão presentes os requisitos para concessão da liminar (fumus boni iuris e periculum in mora), a liminar deve ser concedida, exatamente para proteger o impetrante da agressão patrimonial iminente por parte da autoridade coatora". (Direito Tributário Brasileiro, 21ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 414)*

- O oferecimento de garantia em ação anulatória com o fito de suspender a exigibilidade somente tem lugar quando indeferido o pedido liminar de suspensão ou quando reformada a decisão que concedeu a suspensão. Nesse sentido já decidiu o C. STJ, sob o rito dos recursos representativos de controvérsia (*REsp nº 962838/BA*). - De fato, uma vez obtida a suspensão da exigibilidade nos termos do art. 151, V do CTN, não é necessário que o contribuinte apresente o depósito integral do montante devido. Somente na hipótese de reversão da decisão que concedeu a suspensão é que o depósito deverá ser utilizado com o escopo de obstar o ajuizamento de uma execução fiscal ou o curso de uma que já esteja ajuizada.

- Ressalte-se que nos termos do Resp n. 962.838/BA (art. 5º, XXXV da CF), o art. 38 da Lei de Execuções Fiscais não foi recepcionado pelo Constituição Federal, o que inclusive ensejou a elaboração da Súmula Vinculante n. 28.

- *In casu*, o oferecimento de seguro-garantia somente não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito discutido na ação, tal situação apenas foi possibilitada pelo depósito judicial, vez que não preenchida outra hipótese do art. 151 do CTN. Todavia, considerando-se que a agravante deixou de perseguir tal suspensão de exigibilidade e que busca somente garantir a ação para que sejam emitidas futuras certidões de regularidade fiscal, é devido o levantamento dos valores pleiteados.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001378-51.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVADO: VALERIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES - ME, VALERIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES

Advogados do(a) AGRAVADO: JOAO CUSTODIO DE MORAES NETO - SP315924-N, DANDARA GARBIN - SP354483-N, MAURICIO ULIAN DE VICENTE - SP150230

Advogados do(a) AGRAVADO: JOAO CUSTODIO DE MORAES NETO - SP315924-N, DANDARA GARBIN - SP354483-N, MAURICIO ULIAN DE VICENTE - SP150230

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001378-51.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVADO: VALERIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES - ME, VALERIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES

Advogados do(a) AGRAVADO: JOAO CUSTODIO DE MORAES NETO - SP315924, DANDARA GARBIN - SP354483, MAURICIO ULIAN DE VICENTE - SP150230

Advogados do(a) AGRAVADO: JOAO CUSTODIO DE MORAES NETO - SP315924, DANDARA GARBIN - SP354483, MAURICIO ULIAN DE VICENTE - SP150230

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pelo **Ministério Público Federal** contra capítulo de decisão que, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, indeferiu a constrição dos bens dos demandados, ao fundamento de que ainda não houve a delimitação de eventual responsabilidade pelos fatos narrados, com o que restrições financeiras poderiam impedir ou dificultar sobremaneira o exercício da atividade comercial e os atos da vida civil, o que não é objetivo dos autos (Id 1634824).

Alega o agravante, em síntese, que:

a) a jurisprudência pacificou o entendimento de que a referida indisponibilidade de bens (artigo 7º da Lei nº 8.429/1992) tem caráter de tutela de evidência e não há necessidade de demonstração de risco de dilapidação patrimonial. Basta a presença do *fumus boni iuris*;

b) os mesmos fatos que ensejaram o ajuizamento da presente ação civil de improbidade administrativa são objeto de ação penal, em que o recebimento da denúncia já foi ratificado pelo *a quo*, o que deixa clara a presença do *fumus boni iuris* necessário ao deferimento da tutela;

c) está demonstrado que os agravados engendraram uma fraude de grande amplitude, consistente em intenso comércio fictício de medicamentos com o propósito de angariar verbas públicas praticado de forma continuada durante expressivo período (de pelo menos três anos). Auferiram valores significativos e acarretaram prejuízo ao erário;

d) deve-se velar pela efetividade do direito quando a vítima é o Estado, porquanto nessa situação o ato ilícito é praticado em detrimento de toda a coletividade. Por conseguinte, além de estarem sujeitos ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do referido dano, conforme previsto no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, os demandados deverão ressarcir os danos morais coletivos acarretados pelos atos de improbidade praticados;

e) o que se pede é a mera indisponibilidade e não a expropriação dos referidos bens, medida extrema que, por certo, será cabível somente na hipótese de condenação com trânsito em julgado.

Pleiteia o provimento do recurso com a reforma da decisão no ponto em que indeferiu a indisponibilidade de bens.

Foi deferida a antecipação da tutela recursal, a fim de determinar a indisponibilidade dos bens das agravadas, consoante requerido na inicial da ação originária (Id 1801004).

Contraminuta das agravadas, na qual requerem a reconsideração da antecipação da tutela recursal para que seja determinado o desbloqueio das suas contas, e ao final o desprovemento do recurso.

O Ministério Público Federal deixou de oferecer parecer.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001378-51.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

AGRAVADO: VALERIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES - ME, VALERIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES

Advogados do(a) AGRAVADO: JOAO CUSTODIO DE MORAES NETO - SP315924, DANDARA GARBIN - SP354483, MAURICIO ULIAN DE VICENTE - SP150230

Advogados do(a) AGRAVADO: JOAO CUSTODIO DE MORAES NETO - SP315924, DANDARA GARBIN - SP354483, MAURICIO ULIAN DE VICENTE - SP150230

VOTO

A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa cuja inicial foi recebida pelo juízo *a quo* nos seguintes termos (Id 1634824 – págs. 3/4):

[...]

PASSO A DECIDIR.

O art. 17, 6º e 8º da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que "a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade" e que "recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita".

Assim, a apreciação por meio da qual se poderá rejeitar ou receber a inicial da ação de improbidade administrativa deverá se restringir à verificação da existência dos pressupostos processuais, das condições da ação e de indícios de que foram praticados atos atentatórios à probidade administrativa.

[...]

Da petição inicial tiram-se fortes indícios da prática de atos ímprobos e de eventual envolvimento dos requeridos nos mesmos. A ação se mostra como via adequada para a análise dos fatos trazidos ao juízo.

Por meio da manifestação preliminar, os requeridos não apontam nenhum elemento que possa, prima facie, afastar o processamento do feito, e os pontos levantados apresentam-se como defesa de mérito, que exige o regular processamento do feito.

*Ante o exposto, recebo a petição inicial em face de **VALÉRIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES E VALÉRIA CRISTINA FERRIOLLI MARQUES - ME.***

[...]

Na mesma decisão, a instância a qua examinou o pleito de antecipação da tutela apresentada (Id 1634824 – págs. 4/5):

Com fulcro no artigo 311 do CPC, o Ministério Público Federal requer a imediata suspensão do direito de qualquer dos requeridos de, em nome próprio ou por interposta pessoa (física ou jurídica), vincular-se ao Programa Farmácia Popular.

Em uma análise preliminar dos fatos narrados na inicial e dos documentos nela acostados, presente a necessária plausibilidade do direito invocado para autorizar a concessão da medida.

Tira-se dos autos que a ação versa sobre a cautela esperada no trato das verbas públicas, cautela essa a princípio não verificada pelos réus.

Isso porque fiscalização levada a efeito pelo DENASUS apontou várias irregularidades na dispensação de medicamentos pelo Programa Farmácia Popular; a exemplo de falsificação de receitas médicas, uso indevido de nomes e CPF para alimentar o sistema, ausência de compatibilidade do estoque com as vendas realizadas.

Até que os fatos narrados sejam devidamente esclarecidos, tenho por necessário deferimento da tutela de urgência, a fim de preservar o erário.

*Assim sendo, **DEFIRO** a tutela de urgência e suspendo o direito de qualquer dos requeridos de, em nome próprio ou por interposta pessoa (física ou jurídica), vincular-se ao Programa Farmácia Popular.*

***INDEFIRO**, por ora, a constrição dos bens dos demandados, uma vez que ainda não houve a delimitação de eventual responsabilidade pelos fatos narrados. Com isso, restrições financeiras poderiam impedir ou dificultar sobremaneira o exercício da atividade comercial e atos da vida civil, não sendo esse o objetivo dos autos.*

[...]

Insurge-se o recorrente exatamente quanto à parte do *decisum* que indeferiu a indisponibilidade dos bens dos agravados e assiste-lhe razão.

Dispõe o artigo 7º da Lei nº 8.429/1992:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Reconhecida a presença do *fumus boni iuris*, especialmente no que toca à necessidade de preservação do erário em virtude dos indícios da prática de ato ímprobo pelos recorridos, faz-se necessário atender ao pedido do MPF de indisponibilidade dos seus bens para garantir a recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido. Tanto é assim que o *periculum in mora* é presumido. Destaque-se o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça pacificado em sede de recurso representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLENDIA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. *Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).*

2. *Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.*

3. *A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".*

4. *Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.*

5. *Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.*

6. *Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.*

7. *Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.*

(REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014 - ressaltei)

A par da conclusão favorável ao agravante firmada em julgamento de caso repetitivo, saliente-se que eventuais restrições financeiras que possam impedir ou dificultar o exercício da atividade comercial ou os atos da vida civil dos recorridos devem ser alegados e comprovados por eles concretamente na instância *a qua* após a efetivação da medida. Ademais, a delimitação de ocasional responsabilidade ocorrerá no decorrer do processo, notadamente considerado que, neste momento processual, bastam os indícios da prática do ato ímprobo e da sua autoria para a concessão da medida de urgência, os quais foram reconhecidos pelo juízo *a quo* para o recebimento da inicial. Saliente-se que o objeto deste recurso é a possibilidade ou não de deferimento da indisponibilidade de bens, especialmente considerado que a plausibilidade do direito foi expressamente reconhecida pela primeira instância, de modo que contra a parte da decisão que admitiu a relevância da fundamentação as agravantes deveriam ter-se insurgido por meio do recurso cabível e à época própria, do que não há notícia.

Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal, proferida em sede de cognição sumária, a qual é ratificada nesta oportunidade.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento**, a fim de determinar a indisponibilidade dos bens das agravadas, consoante requerido na inicial da ação originária, bem como **RATIFICO a antecipação da tutela recursal** anteriormente deferida e **DECLARO PREJUDICADO o respectivo pedido de reconsideração**.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECONHECIMENTO DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO NA INSTÂNCIA *A QUA*. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. INDEFERIMENTO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU DA MEDIDA ATÉ QUE SEJAM DELIMITADAS RESPONSABILIDADES. DESNECESSIDADE.

- A demanda originária deste agravo de instrumento é uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa cuja inicial foi recebida pelo juízo *a quo*, à vista da existência de: *fortes indícios da prática de atos ímprobos e de eventual envolvimento dos requeridos nos mesmos*. Na mesma decisão, a instância *a qua* examinou o pleito de antecipação da tutela apresentada e reconheceu a plausibilidade do direito:

Tira-se dos autos que a ação versa sobre a cautela esperada no trato das verbas públicas, cautela essa a princípio não verificada pelos réus.

Isso porque fiscalização levada a efeito pelo DENASUS apontou várias irregularidades na dispensação de medicamentos pelo Programa Farmácia Popular; a exemplo de falsificação de receitas médicas, uso indevido de nomes e CPF para alimentar o sistema, ausência de compatibilidade do estoque com as vendas realizadas.

Até que os fatos narrados sejam devidamente esclarecidos, tenho por necessário deferimento da tutela de urgência, a fim de preservar o erário.

*Assim sendo, **DEFIRO** a tutela de urgência e suspendo o direito de qualquer dos requeridos de, em nome próprio ou por interposta pessoa (física ou jurídica), vincular-se ao Programa Farmácia Popular.*

***INDEFIRO**, por ora, a constrição dos bens dos demandados, uma vez que ainda não houve a delimitação de eventual responsabilidade pelos fatos narrados. Com isso, restrições financeiras poderiam impedir ou dificultar sobremaneira o exercício da atividade comercial e atos da vida civil, não sendo esse o objetivo dos autos.*

- Insurge-se o recorrente exatamente quanto à parte do *decisum* que indeferiu a indisponibilidade dos bens dos agravados e assiste-lhe razão. Reconhecida a presença do *fumus boni iuris*, especialmente no que toca à necessidade de preservação do erário em virtude dos indícios da prática de ato ímprobo pelos recorridos, faz-se necessário atender ao pedido do MPF de indisponibilidade dos seus bens para garantir a recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido (artigo 7º da Lei nº 8.429/1992). Tanto é assim que o *periculum in mora* é presumido, entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça pacificado em sede de recurso representativo da controvérsia: REsp 1366721/BA.

- A par da conclusão favorável ao agravante firmada em julgamento de caso repetitivo, saliente-se que eventuais restrições financeiras que possam impedir ou dificultar o exercício da atividade comercial ou os atos da vida civil dos recorridos devem ser alegados e comprovados por eles concretamente na instância *a qua* após a efetivação da medida. Ademais, a delimitação de ocasional responsabilidade ocorrerá no decorrer do processo, notadamente considerado que, neste momento processual, bastam os indícios da prática do ato ímprobo e da sua autoria para a concessão da medida de urgência, os quais foram reconhecidos pelo juízo *a quo* para o recebimento da inicial. Saliente-se que o objeto deste recurso é a possibilidade ou não de deferimento da indisponibilidade de bens, especialmente considerado que a plausibilidade do direito foi expressamente reconhecida pela primeira instância, de modo que contra a parte da decisão que admitiu a relevância da fundamentação as agravantes deveriam ter-se insurgido por meio do recurso cabível e à época própria, do que não há notícia.

- Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal, proferida em sede de cognição sumária, a qual é ratificada nesta oportunidade.

- Agravo de instrumento provido, a fim de determinar a indisponibilidade dos bens das agravadas, consoante requerido na inicial da ação originária. Antecipação da tutela recursal ratificada e respectivo pedido de reconsideração prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, a fim de determinar a indisponibilidade dos bens das agravadas, consoante requerido na inicial da ação originária, bem como RATIFICOU a antecipação da tutela recursal anteriormente deferida e DECLAROU PREJUDICADO o respectivo pedido de reconsideração. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016933-11.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR

Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A

AGRAVADO: CIRUFARM PRODUTOS CIRURGICOS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: ANTONIO CARLOS BANDEIRA - SP88158

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016933-11.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR

Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A

AGRAVADO: CIRUFARM PRODUTOS CIRURGICOS LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: ANTONIO CARLOS BANDEIRA - SP88158

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP em face da decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de expedição de novo mandado de penhora livre em bens da parte executada, ora agravada, sob o fundamento de que compete ao exequente, ora agravante, diligenciar em busca de bens (id 3582265 - Pág. 5).

Aduz que (...) as tentativas anteriores de penhora livre de bens ocorreram há mais de 10 anos do requerimento indeferido.

*Assim, fica claro que o exequente, apesar de entender do livre convencimento do magistrado de primeira instância, ficou impossibilitado de dar à execução fiscal correlata o seu mais genuíno andamento, qual seja: **encontrar bens da executada para satisfação do seu crédito.** (...).*

Requer, seja (...) determinada a expedição do competente Mandado de Penhora de bens livres da executada no endereço informado às fls. 96 dos autos originários. (...).

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016933-11.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A
AGRAVADO: CIRUFARM PRODUTOS CIRURGICOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: ANTONIO CARLOS BANDEIRA - SP88158

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A penhora consiste em ato serial do processo executivo objetivando a expropriação de bens do executado, a fim de satisfazer o direito do credor já reconhecido e representado por título executivo. Necessariamente, deve ela incidir sobre o patrimônio do devedor, constringendo *tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios*, nos precisos termos do artigo 831 do Código de Processo Civil.

A Fazenda tem o direito de pleitear a expedição de mandado de penhora de bens se o executado, devidamente citado, deixar de pagar ou nomear bens à constrição. Neste sentido, colho os seguintes precedente desta Corte:

AGRAVO LEGAL. EXECUÇÃO FISCAL. BENS PENHORADOS. SUBSTITUIÇÃO. MANDADO DE LIVRE PENHORA. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

*I - O artigo 655, I, c.c. o artigo 655-A, ambos do Código de Processo Civil, permitem e dão preferência para a penhora de dinheiro, seja em espécie ou depositado ou aplicado em instituição financeira, o que significa dizer que **a expedição de mandado de penhora livre é absolutamente pertinente e indicada para o caso, ficando a cargo do Oficial de Justiça proceder à constrição de bens e, se não localizados, a União Federal (Fazenda Nacional) à vontade para requerer o que de direito.***

II - Agravo provido.

(AI 0107105-07.2006.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MELLO, Segunda Turma, julgado em 13.12.2011, publicado no TRF3 CJI de 19.12.2011, destaquei)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA DE BENS DA EXECUTADA CITADA. POSSIBILIDADE E DIREITO DO EXEQUENTE. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 659, 11 e 40 DA LEI Nº 6.830/80.

- O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento segundo o qual a fazenda tem o direito de solicitar a penhora de bens se o devedor, devidamente citado, deixar de pagar ou nomear bens à penhora.

- A agravada, a despeito de ter sido devidamente citada (fl.141), não pagou a dívida e tampouco ofereceu bens à penhora, com o que surgiu o direito, exercido às fls. 219 e 231vº, de a fazenda requerer a penhora de bens, conforme autorizado nos artigos 659 do CPC e 11 da Lei nº 6.830/80. Ressalte-se que, antes disso, já havia sido realizada, com o objetivo de efetivar a garantia do juízo, a tentativa de bloqueio via BACENJUD, a qual não obteve êxito, conforme documentos de fls. 229/230.

- Não há impedimento a que seja expedido novo mandado de penhora, conforme requerido, uma vez que há nos autos da execução novo endereço onde a executada poderá ser localizada (fl. 167) e não há justificativa para o arquivamento dos autos antes de efetuada a diligência, nos termos do artigo 40 da Lei n.º 6.830/80.

- Recurso provido.

(AI 0010659-92.2013.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, Quarta Turma, julgado em 31.10.2013, publicado no D.E. de 29.11.2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE LIVRE PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. A expedição de mandado de penhora livre é prerrogativa da exequente na persecução da satisfação de seu crédito (Lei nº 6.830/80 e art. 652,§1º, do CPC).

2. No caso vertente, citada a executada por meio postal, esta não pagou o débito ou nomeou bens à penhora; de igual modo resultou negativo a tentativa de penhora on line de ativos financeiros da empresa.

3. O fato de não ser encontrado dinheiro em contas corrente da executada, bem preferencial previsto no inciso I, do art. 11, da LEF, não obsta a expedição de mandado de penhora livre para constrição de outros bens, aptos a garantir o débito.

4. Agravo de instrumento provido.

(AI 0003576-59.2012.4.03.0000, Relatora: Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA Sexta Turma, julgado em 05.07.2012, publicado em 20.07.2012, destaquei)

Na hipótese dos autos, devidamente citada em 03.09.2001 (id 3582263 - Pág. 15), a sociedade devedora não pagou a dívida, nem ofereceu bens para garantir a execução.

Em seguida, foi realizada a penhora de bens, em 15.04.2002 (id 3582263 - Pág. 21/22).

Após, foi determinada a constatação e reavaliação dos bens constritos, o que, nos termos da certidão do oficial de justiça assentada em 05.07.2013 (id 3582263 - Pág. 84), não foi possível, em razão de não ter encontrado o bem.

Em momento posterior, 13.07.2016, o bloqueio de ativos via BACENJUD restou infrutífero (id 3582263 - Pág. 99/100).

Desta feita, possível a expedição de mandado de livre penhora com o objetivo de satisfação do crédito exequendo, tendo em vista que a tentativa de constrição ocorreu há mais de 15 anos.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE LIVRE PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. A penhora consiste em ato serial do processo executivo objetivando a expropriação de bens do executado, a fim de satisfazer o direito do credor já reconhecido e representado por título executivo. Necessariamente, deve ela incidir sobre o patrimônio do devedor, constringendo *tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios*, nos precisos termos do artigo 831 do Código de Processo Civil.
2. A Fazenda tem o direito de pleitear a expedição de mandado de penhora de bens se o executado, devidamente citado, deixar de pagar ou nomear bens à constrição. Precedentes desta Corte.
3. Possível a expedição de mandado de livre penhora com o objetivo de satisfação do crédito exequendo, tendo em vista que a tentativa de constrição ocorreu há mais de 15 anos.
4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora. O Juiz Fed. Conv. LEONEL FERREIRA participou da sessão nos termos do art. 53 do Regimento Interno do TRF da 3.^a Região. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006257-38.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: FABIANA MENEZES HAN

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CAMARGO KALOGLIAN - SP172014

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006257-38.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: FABIANA MENEZES HAN
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CAMARGO KALOGLIAN - SP172014
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por **Fabiana Menezes Han** contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o desbloqueio de valores de sua conta corrente (R\$ 1.822,33) e conta poupança vinculada (R\$ 1.050,83) constritos por meio do BACENJUD (Id 610489).

Alega, em síntese, a impenhorabilidade, *ex vi* do artigo 833 do CPC, na medida em que a quantia depositada é fruto do seu salário, bem como que, em relação à poupança, não supera o limite de 40 salários mínimos. À vista do caráter alimentar e da evidência do direito invocado, pede a concessão da antecipação da tutela recursal para determinar a imediata liberação do *quantum* bloqueado e o provimento do recurso nesses termos.

Foi deferida parcialmente a antecipação da tutela recursal requerida para determinar o desbloqueio do valor R\$ 1.050,83 existente na conta poupança e de R\$ 622,33 da conta corrente (Id 734157). Foram opostos embargos de declaração contra esse *decisum* (Id 771683).

Contraminuta apresentada (Id 968263).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006257-38.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: FABIANA MENEZES HAN
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CAMARGO KALOGLIAN - SP172014
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

A ação originária deste em sede de execução fiscal em que foi indeferido o desbloqueio de valores da conta corrente (R\$ 1.822,33) e da conta poupança vinculada (R\$ 1.050,83) da agravante constritos por meio do BACENJUD (Id 610489).

Dispõem os artigos 7º, inciso X, da CF/88 e 833, incisos IV e X, da lei processual civil:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

[...]

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

Sobre a impenhorabilidade de aplicação financeira até o limite de 40 salários mínimos, destaco o entendimento pacificado do STJ e desta corte: ERESP 201302074048, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:19/12/2014; AI 00303831420154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016.

No caso dos autos, é inequívoco que a quantia bloqueada da conta poupança (R\$ 1.050,83 – Id 610506, pág. 11) é inferior ao limite legal, que é objetivo e prescinde de qualquer verificação acerca da sua origem. De rigor, portanto, sua liberação.

Quanto ao valor constricto na conta corrente (R\$ 1.822,33), o magistrado fundamentou que, *verbis, no caso em apreço, a necessidade de liberação do dinheiro, consoante dogmatizada pela parte requerente, não se encontra devidamente provada. Observe-se, ainda, que não se trata de conta destinada, exclusivamente, ao crédito de salário, haja vista a ocorrência de depósitos em dinheiro (rubrica TEC DEPÓSITO EM DINHEIRO que não se confunde om a PAGTO SALÁRIO)*. A despeito de realmente ter havido dois depósitos sem comprovação de origem, verifica-se que foram efetivados em 22 e 23/3 (R\$ 700,00 e R\$ 500,00, respectivamente) e todo o montante gasto até o dia 5/4, em virtude de diversos débitos na conta, quando chegou a saldo negativo (-R\$ 443,70). No dia seguinte, 6/4, é que foi creditado o salário e, depois disso, não houve qualquer outro depósito, de modo que o valor bloqueado em 15/4 (R\$ 1.822,33) é inteiramente proveniente desse salário e, portanto, impenhorável (Id 610506 - págs. 9/10).

Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, restam prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que deferiu parcialmente a antecipação da tutela recursal, proferida em sede de cognição sumária.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para determinar o desbloqueio dos R\$ 1.050,83 referentes à conta poupança e dos R\$ 1.822,33 relativos à conta corrente da agravante, bem como **DECLARO PREJUDICADOS os embargos de declaração** opostos contra a decisão que deferiu parcialmente a antecipação da tutela recursal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. CONTA POUPANÇA. CONTA CORRENTE: SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 7º, INCISO X, DA CF/88 E 833, INCISOS IV E X, DO CPC. RECURSO PROVIDO.

- Dispõem os artigos 7º, inciso X, da CF/88 e 833, incisos IV e X, da lei processual civil: *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; Art. 833. São impenhoráveis: (...) IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º: (...) X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos.*

- Sobre a impenhorabilidade de aplicação financeira até o limite de 40 salários mínimos, destaco o entendimento pacificado do STJ e desta corte: ERESP 201302074048, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:19/12/2014; AI 00303831420154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/03/2016.

- No caso dos autos, é inequívoco que a quantia bloqueada da conta poupança (R\$ 1.050,83) é inferior ao limite legal, que é objetivo e prescinde de qualquer verificação acerca da sua origem. De rigor, portanto, sua liberação.

- Quanto ao valor constricto na conta corrente (R\$ 1.822,33), o magistrado fundamentou que, *verbis, no caso em apreço, a necessidade de liberação do dinheiro, consoante dogmatizada pela parte requerente, não se encontra devidamente provada. Observe-se, ainda, que não se trata de conta destinada, exclusivamente, ao crédito de salário, haja vista a ocorrência de depósitos em dinheiro (rubrica TEC DEPÓSITO EM DINHEIRO que não se confunde om a PAGTO.SALÁRIO).* A despeito de realmente ter havido dois depósitos sem comprovação de origem, verifica-se que foram efetivados em 22 e 23/3 (R\$ 700,00 e R\$ 500,00, respectivamente) e o todo montante gasto até o dia 5/4, em virtude de diversos débitos na conta, quando chegou a saldo negativo (-R\$ 443,70). No dia seguinte, 6/4, é que foi creditado o salário e, depois disso, não houve qualquer outro depósito, de modo que o valor bloqueado em 15/4 (R\$ 1.822,33) é inteiramente proveniente desse salário e, portanto, impenhorável.

- Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, restam prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que deferiu parcialmente a antecipação da tutela recursal, proferida em sede de cognição sumária.

- Agravo de instrumento provido para determinar o desbloqueio dos R\$ 1.050,83 referentes à conta poupança e dos R\$ 1.822,33 relativos à conta corrente da agravante. Embargos de declaração opostos contra a decisão que deferiu parcialmente a antecipação da tutela recursal prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para determinar o desbloqueio dos R\$ 1.050,83 referentes à conta poupança e dos R\$ 1.822,33 relativos à conta corrente da agravante, bem como DECLAROU PREJUDICADOS os embargos de declaração opostos contra a decisão que deferiu parcialmente a antecipação da tutela recursal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002106-92.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SINHO SOUZA TRANSPORTES LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP1970860A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002106-92.2018.4.03.0000

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por Sinhô Souza Transportes EIRELI contra a parte da decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou sua exceção de pré-executividade ao fundamento de que, ainda que se pudesse analisar a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o excipiente não demonstrou tal incidência, de forma que é necessária dilação probatória incompatível com a via eleita (Id 1679306 - págs. 23/27).

Aduz a agravante, em síntese, que:

a) o juiz pode conhecer matérias de ofício e apreciar livremente a prova produzida nos autos pelas partes, desde que indique de maneira fundamentada as razões do seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado do órgão julgador: artigos 371 e 493 do Código de Processo Civil);

b) o contraditório não é mais concebido apenas como bilateralidade de audiência e possibilidade de reação, mas consiste na participação com possibilidade de influência na decisão judicial (artigo 8º do CPC). O direito de participação com influência resulta da própria afirmação constitucional de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal), em que se assegura o devido processo constitucional (artigo 5º, incisos LIV e LV);

c) o CPC explicita a necessidade de uniformização e respeito à jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (artigos 926 e 927);

d) a inconstitucionalidade da lei que fundamenta CDA objeto de execução fiscal é matéria de ordem pública por excelência e autoriza sua apreciação em sede de exceção de pré-executividade, conforme a jurisprudência pacificada;

e) é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que o imposto é receita de terceiros (do próprio Estado) que não pode ser equiparada a receita própria que ingressa de forma positiva e efetiva no patrimônio do contribuinte (RE 574.706/PR: tese de repercussão geral nº 69, fixada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal). Deve ser observado, assim, o artigo 1.040, inciso III, do CPC;

f) em virtude dessa inconstitucionalidade, que recai sobre os títulos que acompanham a ação executiva, não resta outra alternativa senão declarar sua nulidade, com a consequente extinção (inciso I do artigo 803 do CPC);

g) a presunção de liquidez e certeza da CDA pode ser ilidida por prova inequívoca (artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980).

Pleiteia a antecipação da tutela recursal (artigo 311 do CPC) e, por fim, a reforma do *decisum* para reconhecer as inconstitucionalidades na forma como os tributos em questão são cobrados e decretar a anulação das CDAs 80 2 16 006511-65, 80 2 16 006514-08, 80 2 16 006515-99, 80 4 16 002377-03, 80 6 16 019759-74, 80 6 16 019765-12, 80 6 16 019766-01, 80 6 16 019779-18 e 80 7 16 008838-95, com a extinção, por consequência, da execução fiscal, e a condenação da parte agravada ao pagamento de honorários advocatícios (artigos 85 e seguintes do CPC).

Foi indeferida a antecipação da tutela recursal por meio de decisão (Id 1753774) contra a qual foi apresentado agravo interno (Id 1933442).

Contraminuta da União (Id 1989308).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002106-92.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: SINHO SOUZA TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP197086
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

A ação originária deste agravo de instrumento é uma execução fiscal ajuizada contra a recorrente, na qual o juízo *a quo* rejeitou a sua exceção de pré-executividade. Quanto à questão suscitada neste recurso, qual seja, nulidade em razão da indevida cobrança PIS e COFINS com ICMS em sua base de cálculo, entendeu o magistrado que, ainda que se pudesse analisar a questão, o excipiente não demonstrou tal incidência, de forma que é necessária dilação probatória incompatível com a via eleita (Id 1679306 - págs. 23/27).

A exceção de pré-executividade, pode ser utilizada nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam, que a matéria suscitada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que não seja necessária dilação probatória. Esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento do **Recurso Especial nº 1.110.925/SP**, representativo de controvérsia, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

[...]

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009 - ressaltei)

Posteriormente, aquela corte editou, inclusive, a Súmula nº 393: *A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória* (Primeira Seção, julgado em 23/09/2009, DJE 07/10/2009 - grifei). Outros julgados do STJ também admitem que as **matérias exclusivamente de direito** possam ser suscitadas por meio de exceção de pré-executividade, mas igualmente desde que seja prescindível a dilação probatória : REsp 1202233/RS e AgRg no Ag 1307430/ES.

In casu, a despeito de a matéria suscitada ser de direito, há necessidade de dilação probatória, a fim de demonstrar eventual excesso de execução, à vista de que é necessário comprovar que, concretamente, o cálculo da receita bruta foi diverso do faturamento do contribuinte, vale dizer, incluiu indevidamente na base de cálculo dos tributos receitas diversas, como o aduzido montante relativo ao ICMS (RE 574.706/PR: tese de repercussão geral nº 69, fixada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal). A alegação necessita de dilação probatória para que se reconheça eventual nulidade do título, que goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, parágrafo único, da LEF), e haja a extinção da execução. Destaque-se precedente específico:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONHECIMENTO PARCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - ARTIGO 3º, §1º, DA LEI N.º 9.718/98. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PARA DEMONSTRAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. PROBATÓRIA NO CASO CONCRETO. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECONHECIMENTO PARCIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA.

- Inequívoco que na análise do Recurso Extraordinário nº 585.235, efetuada sob o regime da Lei n.º 11.418/06, concernente ao julgamento de recursos repetitivos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 3º, §1º, da Lei n.º 9.718/98 é inconstitucional, pois ampliou a base de cálculo da COFINS e modificou o conceito de faturamento, em desrespeito ao artigo 195, inciso I e § 4º, da Constituição Federal, para nele fazer compreender a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Não obstante, verifica-se que a questão demanda dilação probatória, a fim de demonstrar eventual excesso de execução, visto que o embargante se limitou a invocar a questão jurídica, mas não se preocupou em demonstrar que, concretamente, na ocasião em que confessou espontaneamente o débito, o cálculo da sua receita bruta foi diverso do seu faturamento, vale dizer, incluiu indevidamente na base de cálculo do tributo receitas diversas da sua atividade típica, nos moldes da regra declarada inconstitucional. Precedentes do STJ.

- A exceção de pré-executividade pode ser utilizada nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam, que a matéria suscitada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que não seja necessária dilação probatória. Esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.925/SP, representativo de controvérsia e na Súmula nº 393. Outros julgados do STJ também admitem que as matérias exclusivamente de direito possam ser suscitadas por meio de exceção de pré-executividade, mas igualmente desde que estejam comprovadas nos autos (REsp 1202233/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010; AgRg no Ag 1307430/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010).

- In casu, à vista de que a matéria aduzida de inconstitucionalidade da base de cálculo da COFINS depende de dilação probatória, conforme mencionado, a exceção de pré-executividade não deve ser conhecida nesse ponto.

[...]

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0016269-07.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 21/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2015 - ressaltei)

Desse modo, a matéria não pode ser suscitada por meio de exceção de pré-executividade, entendimento que não é alterado pelas questões referentes aos artigos 8º, 371, 493, 803, inciso I, 926, 927 e 1.040, inciso III, do Código de Processo Civil e artigos 1º e 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal pelos motivos indicados.

Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento e **DECLARO PREJUDICADO** o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA QUE NECESSITA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO INTERNO CONTRA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL PREJUDICADO.

- A exceção de pré-executividade pode ser utilizada nas situações em que observados concomitantemente dois pressupostos, quais sejam, que a matéria suscitada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que não seja necessária dilação probatória (Recurso Especial nº 1.110.925/SP, representativo de controvérsia).

- A Súmula nº 393 do STJ dispõe: *A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória* (ressaltada). Outros julgados do STJ também admitem que as **matérias exclusivamente de direito** possam ser suscitadas por meio de exceção de pré-executividade, mas igualmente desde que seja prescindível a dilação probatória.

- *In casu*, a despeito de a matéria suscitada ser de direito, há necessidade de dilação probatória, a fim de demonstrar eventual excesso de execução, à vista de que é necessário comprovar que, concretamente, o cálculo da receita bruta foi diverso do faturamento do contribuinte, vale dizer, incluiu indevidamente na base de cálculo dos tributos receitas diversas, como o aduzido montante relativo ao ICMS (RE 574.706/PR). A alegação necessita de dilação probatória para que se reconheça eventual nulidade do título, que goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, parágrafo único, da LEF), e haja a extinção da execução.

- Desse modo, a matéria não pode ser suscitada por meio de exceção de pré-executividade.

- Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal.

- Agravo de instrumento **desprovido** e agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento e declarou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO (198) Nº 5000435-11.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LABOR IMPORT COMERCIAL IMP EXP LTDA
Advogados do(a) APELADO: ANNE JOYCE ANGHER - SP155945-A, DENIS CHEQUER ANGHER - SP210776-A, MAURICIO PINTO DE OLIVEIRA SA - SP141742

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (10875338 - Embargos de Declaração)** para que LABOR IMPORT COMERCIAL IMP EXP LTDA, ora embargado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008213-55.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SUMATRA - COMERCIO EXTERIOR LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, FABIANA YASMIN GAROFALO FELIPPE - SP391030-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008213-55.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SUMATRA - COMERCIO EXTERIOR LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP1984450A, FABIANA YASMIN GAROFALO FELIPPE - SP3910300A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por **Sumatra Comércio Exterior Ltda.** contra decisão que, em sede de execução fiscal, ao examinar seus embargos de declaração opostos contra o *decisum* que determinou o bloqueio de valores por meio do BACEN-JUD, entendeu que o prazo para apresentação de embargos do devedor inicia-se com a ciência inequívoca quanto ao bloqueio. Insurge-se a empresa também contra a própria penhora *on line* (Id 2297810 - págs. 199 e 210).

Sustenta a agravante, em síntese, que:

a) a intimação da penhora, mesmo em caso *on line*, é imprescindível para o início do prazo para oposição de embargos à execução (artigo 854, § 5º, do Código de Processo Civil, artigo 16, inciso III, LEF e artigo 14, *caput* e § 7º, do ato que regulamenta o BACEN-JUD);

b) é descabido o bloqueio no caso, considerado que é preciso conciliar a adoção dessa medida com o direito de o executado responder à execução da forma menos onerosa quando puder ser promovida por várias formas (artigo 805, *caput*, do CPC). Não pode haver risco à subsistência ou viabilidade da atividade exercida, o que ocorre, eis que está impossibilitada de honrar seus compromissos e obrigações que surgem.

Pleiteia o provimento do recurso para que a execução seja suspensa, seja preservado seu direito de embargar após a intimação da conversão do bloqueio de ativos financeiros em depósito, se vier a acontecer, e sejam liberados os valores de suas contas bancárias.

Foi indeferida a antecipação da tutela recursal (Id 2714283).

Contraminuta apresentada (Id 3097132).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008213-55.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: SUMATRA - COMERCIO EXTERIOR LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP1984450A, FABIANA YASMIN GAROFALO FELIPPE - SP3910300A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

A demanda originária deste agravo de instrumento é uma execução fiscal em que o juízo *a quo*, ao examinar embargos de declaração opostos pela recorrente contra o *decisum* que determinou o bloqueio de valores por meio do BACEN-JUD, entendeu que o prazo para apresentação de embargos do devedor inicia-se com a ciência inequívoca quanto ao bloqueio. Insurge-se a empresa contra esse entendimento e também contra a própria penhora *on line*.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de representativo de controvérsia, no sentido de que, em princípio, o executado deve oferecer bens à penhora conforme a ordem legal (artigos 8º, 9º e 11 da LEF) e, se houver motivo para afastá-la, é dele o ônus de comprovar tal fato, eis que é insuficiente a mera invocação genérica do princípio da menor onerosidade (artigo 620 do CPC/1973 e artigo 805 do CPC/2015). Destaque-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. *Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.*

[...]

4. *A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.*

5. *A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.*

6. *Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.*

7. ***Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.***

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) " - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013 – ressaltai e grifei)

No caso concreto, a recorrente não comprovou a *imperiosa necessidade* de afastar a ordem legal de penhora, uma vez que tão somente suscitou genericamente que a penhora *on line* viola o princípio da menor onerosidade. Aliás, a própria empresa admite que não indicou qualquer bem à penhora (Id 2297325 - pág. 10).

Ademais, o STJ também definiu em sede de recurso representativo da controvérsia que a penhora *on line* prescinde do esgotamento das diligências para a busca de bens desde a Lei nº 11.382/2006: REsp nº 1.184.765/PA. Frise-se que a decisão que deferiu o bloqueio é de 2017 (Id 2297810 - pág. 199), posterior, portanto, à vigência dessa lei, com o que é plenamente legal a penhora preferencial do dinheiro, mesmo que existam outros bens (artigo 11 da LEF), especialmente no caso concreto, em que, reitero-se, a recorrente não demonstrou a real necessidade de afastar a ordem legal e sequer procedeu à nomeação de patrimônio.

Já no que se refere ao início do prazo para oposição de embargos à execução fiscal, assiste razão à agravante, eis que é necessária a formalização do termo de penhora relativo aos valores bloqueados por meio do BACEN-JUD para que se inicie a contagem. Destaque-se a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. INTIMAÇÃO DA CIENCIA DA PENHORA. INICIO PARA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO. SENTENÇA ANULADA.

1. Assente na jurisprudência a necessidade de que o bloqueio por meio do BACENJUD seja formalizado em um termo de penhora, com a intimação do executado, inclusive, para efeito de que se inicie a fluência do prazo dos embargos. Precedentes do TRF3.

2. Somente com a efetiva intimação da penhora e advertido do prazo para a oposição dos embargos é que tem início o trintídio para a apresentação do recurso, nos termos do artigo 16, inciso III, da Lei n.º 6.830/80. (STJ - RESP 1116875 - SIDNEI BENETI - TERCEIRA TURMA - DJE DATA:10/04/2013)

3. Preliminar acolhida. Sentença anulada.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2292360 - 0003595-31.2018.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 10/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/04/2018)

O recurso deve ser, portanto, parcialmente provido para que seja preservado o direito de a recorrente apresentar embargos após a intimação do termo de penhora, entendimento que vai ao encontro do artigo 854, § 5º, do Código de Processo Civil e artigo 16, inciso III, LEF.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento**, a fim de reformar a decisão agravada e determinar que o prazo para oposição de embargos à execução seja iniciado com a intimação do termo de penhora relativo aos valores bloqueados por meio do BACEN-JUD.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA *ON LINE*. NÃO É AFASTADA PELA MERA INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INICIA-SE COM A INTIMAÇÃO DO TERMO DE PENHORA RELATIVO AOS VALORES BLOQUEADOS PELO BACEN-JUD.

- A demanda originária deste agravo de instrumento é uma execução fiscal em que o juízo *a quo*, ao examinar embargos de declaração opostos pela recorrente contra o *decisum* que determinou o bloqueio de valores por meio do BACEN-JUD, entendeu que o prazo para apresentação de embargos do devedor inicia-se com a ciência inequívoca quanto ao bloqueio. Insurge-se a empresa contra esse entendimento e também contra a própria penhora *on line*.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de representativo de controvérsia, no sentido de que, em princípio, o executado deve oferecer bens à penhora conforme a ordem legal (artigos 8º, 9º e 11 da LEF) e, se houver motivo para afastá-la, é dele o ônus de comprovar tal fato, eis que é insuficiente a mera invocação genérica do princípio da menor onerosidade (artigo 620 do CPC/1973 e artigo 805 do CPC/2015): REsp 1337790/PR.

- No caso concreto, a recorrente não comprovou a *imperiosa necessidade* de afastar a ordem legal de penhora, uma vez que tão somente suscitou genericamente que a penhora *on line* viola o princípio da menor onerosidade. Aliás, a própria empresa admite que não indicou qualquer bem à penhora.

- Ademais, o STJ também definiu em sede de recurso representativo da controvérsia que a penhora *on line* prescinde do esgotamento das diligências para a busca de bens desde a Lei nº 11.382/2006: REsp nº 1.184.765/PA. Frise-se que a decisão que deferiu o bloqueio é de 2017, posterior, portanto, à vigência dessa lei, com o que é plenamente legal a penhora preferencial do dinheiro, mesmo que existam outros bens (artigo 11 da LEF), especialmente no caso concreto, em que, reitera-se, a recorrente não demonstrou a real necessidade de afastar a ordem legal e sequer procedeu à nomeação de patrimônio.

- Já no que se refere ao início do prazo para oposição de embargos à execução fiscal, assiste razão à agravante, eis que é necessária a formalização do termo de penhora relativo aos valores bloqueados por meio do BACEN-JUD para que se inicie a concernede contagem. Destaque-se a jurisprudência deste tribunal: Apelação Cível 0003595-31.2018.4.03.9999.

- O recurso deve ser, portanto, parcialmente provido para que seja preservado o direito de a recorrente apresentar embargos após a intimação do termo de penhora.

- Agravo de instrumento parcialmente provido, a fim de reformar a decisão agravada e determinar que o prazo para oposição de embargos à execução seja iniciado com a intimação do termo de penhora relativo aos valores bloqueados por meio do BACEN-JUD.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, a fim de reformar a decisão agravada e determinar que o prazo para oposição de embargos à execução seja iniciado com a intimação do termo de penhora relativo aos valores bloqueados por meio do BACEN-JUD., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001857-44.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: CITIGROUP GLOBAL MARKETS BRASIL, CORRETORA DE CAMBIO, TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, MARCELO VIANA SALOMAO - SP118623-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001857-44.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: CITIGROUP GLOBAL MARKETS BRASIL, CORRETORA DE CAMBIO, TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A.

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por **Citigroup Global Markets Brasil, Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S.A.**, contra decisão (Id 3931833 dos autos eletrônicos originários) que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar requerida nos seguintes termos (Id 3918512 dos mesmos autos):

(i) reconhecer a inexigibilidade PIS e da COFINS sobre os ingressos a título de ISS na base de cálculo daqueles, suspendendo-se a exigibilidade dos débitos tributários controversos, nos termos do artigo 151, IV, do CTN, até pronunciamento final;

(ii) que não haja qualquer impedimento, em razão de débitos, para a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa;

(iii) que se abstenha a Impetrada de qualquer cobrança dos valores discutidos;

(iv) que se impeça a inclusão no CADIN, entre outros atos sancionatórios.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) o ISS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que o imposto não constitui faturamento do contribuinte, da mesma forma que decidido pelo STF no julgamento do RE 574.706 quanto ao ICMS (artigo 195, inciso I e § 8º, da Constituição Federal, artigo 22, alínea "a", do Decreto-Lei nº 2.397/1987, artigo 25, § 2º, da Lei nº 8.870/1994, artigo 110 do Código Tributário Nacional, Lei nº 9.718/1998, Lei nº 10.637/2002, Lei nº 10.833/2003), razão pela qual deve ser concedida a liminar pleiteada para suspender a exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, inciso IV, do CTN);

b) relativamente ao *periculum in mora*, está obrigada ao recolhimento das contribuições sem a exclusão do imposto, com o que enfrentará incontáveis entraves para a recuperação dos montantes recolhidos indevidamente aos cofres públicos.

Pleiteia a reforma do *decisum* naqueles termos.

Foi indeferida a antecipação da tutela recursal (Id 1746013).

Contraminuta apresentada (Id 2869915).

O Ministério Público Federal deixou de oferecer parecer (Id 2956357).

É o relatório.

VOTO

A demanda originária é um *mandamus* em que foi indeferida a liminar que objetivava a suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS sobre os valores relativo ao ISS, com os efeitos dela decorrentes.

Quanto à liminar em mandado de segurança, dispõe a Lei nº 12.016/2009:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

*III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver **fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida**, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*

[ressaltei]

Dessa forma, necessários o fundamento relevante e o perigo da demora. No que se refere ao último, a recorrente desenvolveu os seguintes argumentos (Id 1669017 - pág. 19):

[...] a não concessão do efeito suspensivo poderia resultar em prejuízos irreparáveis à Agravante, que se veria obrigada a recolher o PIS e a COFINS sem a exclusão do ISS, e sendo a decisão agravada futuramente reformada, o contribuinte enfrentaria incontáveis entraves para a recuperação dos montantes recolhidos indevidamente aos cofres públicos.

O dano precisa ser atual, presente e concreto. A recorrente não comprovou que não tem condições de arcar com o pagamento das exações, conforme exigidas, tampouco demonstrou que ocasional recolhimento dos valores dificultaria suas atividades, os quais, se vencedora, ser-lhe-ão restituídos devidamente corrigidos. Por outro lado, não há qualquer evidência no sentido de que está na iminência de sofrer sanções administrativas e retaliações, mesmo porque decorreriam de uma. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Desse modo, ausente o perigo de ineficácia da medida, desnecessária a apreciação da relevância da fundamentação, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. NECESSÁRIOS A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E O PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ÚLTIMO REQUISITO.

- A demanda originária é um *mandamus* em que foi indeferida a liminar que objetivava a suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS sobre os valores relativo ao ISS, com os efeitos dela decorrentes.

- Necessários o fundamento relevante e o perigo da demora para a concessão da liminar (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009). No que se refere ao *último*, a recorrente desenvolveu os seguintes argumentos:

[...] a não concessão do efeito suspensivo poderia resultar em prejuízos irreparáveis à Agravante, que se veria obrigada a recolher o PIS e a COFINS sem a exclusão do ISS, e sendo a decisão agravada futuramente reformada, o contribuinte enfrentaria incontáveis entraves para a recuperação dos montantes recolhidos indevidamente aos cofres públicos.

- O dano precisa ser atual, presente e concreto. A recorrente não comprovou que não tem condições de arcar com o pagamento das exações, conforme exigidas, tampouco demonstrou que ocasional recolhimento dos valores dificultaria suas atividades, os quais, se vencedora, ser-lhe-ão restituídos devidamente corrigidos. Por outro lado, não há qualquer evidência no sentido de que está na iminência de sofrer sanções administrativas e retaliações, mesmo porque decorreriam de uma. Ademais, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 20.630/MS, AgRg na MC 17.677/RJ, AgRg na MC 14.052/SP e AgRg na MC 13.052/RJ) e desta 4ª Turma (AI 0026670-65.2014.4.03.0000) segundo os quais a simples exigibilidade de tributo não caracteriza o perigo da demora. Desse modo, ausente o perigo de ineficácia da medida, desnecessária a apreciação da relevância da fundamentação, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005860-42.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: XTREME SPORTS IMPORTACAO E EXPORTACAO COMERCIO EIRELI

Advogado do(a) AGRAVADO: DIOGO BARDUCHI DIBENEDETTO - SP354505

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005860-42.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: XTREME SPORTS IMPORTACAO E EXPORTACAO COMERCIO EIRELI

Advogado do(a) AGRAVADO: DIOGO BARDUCHI DIBENEDETTO - SP354505

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela **União** contra decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu a liminar para *suspender as exigibilidades do PIS e da Cofins que tenham por base de cálculo o ISSQN* (Id 5040161 dos autos eletrônicos originários).

Alega, em síntese, que:

a) a decisão no RE 574.706-PR é limitada à compreensão de que o STF decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, com única e exclusiva referência ao que radica no art. 195, I, "b", da CF, e nada mais. Não se pode tentar transformar esse precedente em um superprecedente, que desconsidere os limites efetivos da decisão (Id 1931833 - pág. 18), a fim de que seja garantida a segurança jurídica;

b) opôs embargos de declaração naqueles autos que demonstram a necessidade de revisão do entendimento.

Pleiteia a agravante a concessão de efeito suspensivo e, por fim, o provimento do recurso para reformar o *decisum*.

Foi indeferida a atribuição de efeito suspensivo (Id 1957753).

Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta.

Manifestação do Ministério Público Federal, que deixou de opinar (Id 3402466).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005860-42.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: XTREME SPORTS IMPORTACAO E EXPORTACAO COMERCIO EIRELI

Advogado do(a) AGRAVADO: DIOGO BARDUCHI DIBENEDETTO - SP354505

VOTO

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional, de modo que a solução independe do entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado no REsp 1330737/SP.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017. A questão, portanto, encontra-se pacificada, de modo que não cabe mais discussão a esse respeito. Tal entendimento, baseado no fato de o ICMS não compor o faturamento, base de cálculo das contribuições, também pode ser aplicado ao ISS, eis que este também não a integra, o que garante a segurança jurídica em relação ao tema.

Observa-se ser desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE nº 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/3/2017 (DJe nº 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. SOBRESTAMENTO DO FEITO EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO RE 574.706. DESNECESSIDADE.

- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional, de modo que a solução independe do entendimento do Superior Tribunal de Justiça firmado no REsp 1330737/SP.

- A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017. A questão, portanto, encontra-se pacificada, de modo que não cabe mais discussão a esse respeito. Tal entendimento, baseado no fato de o ICMS não compor o faturamento, base de cálculo das contribuições, também pode ser aplicado ao ISS, eis que este também não a integra, o que garante a segurança jurídica em relação ao tema.

- É desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE nº 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/3/2017 (DJe nº 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002185-71.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: MINEO TANAKA
Advogado do(a) AGRAVANTE: BEATRIZ RODRIGUES BEZERRA - SP2966790A
AGRAVADO: ESTADO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002185-71.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: MINEO TANAKA
Advogado do(a) AGRAVANTE: BEATRIZ RODRIGUES BEZERRA - SP296679
AGRAVADO: ESTADO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por **Mineo Tanaka** contra decisão (Id 1681176) que, em sede de ação ordinária, indeferiu a tutela provisória requerida para que o valor relativo ao imposto de renda incidente sobre seus proventos se aposentadoria fosse depositado judicialmente (Id 1681163 - pág. 11).

Sustenta o recorrente, em síntese, que:

a) nos termos da Lei nº 7.713/1988, artigo 6º, inciso XIV, tem direito à isenção do imposto de renda sobre os proventos de sua aposentadoria por ser portador de hepatopatia grave (Child B e Meld 10, CID K76-6, G93 e K70), conforme atestado pela médica que o acompanha, o que lhe foi negado administrativamente;

b) há perigo da demora, eis que o desconto do imposto na fonte e o repasse do valor aos cofres públicos representa verdadeiro enriquecimento ilícito.

Pleiteia a reforma do *decisum* para que seja determinado o citado depósito.

Foi indeferida a **antecipação da tutela recursal** (Id 1755505).

Contraminuta apresentada (Id 3114646).

É o relatório.

VOTO

A demanda originária é uma ação ordinária em que foi indeferida a tutela provisória requerida para que o valor relativo ao imposto de renda incidente sobre os proventos se aposentadoria do agravante fosse depositado judicialmente (Id 1681163 - pág. 11).

Quanto à antecipação da tutela, os artigos 300 (tutela de urgência) e 311, inciso II (tutela de evidência), da lei processual civil estabelecem:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

[...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

[...]

A outorga da antecipação da tutela, portanto, é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifiquem, acerca da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, quanto à tutela de evidência, que as alegações de fato possam ser comprovadas apenas documentalmente e que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

In casu, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

No que se refere ao *periculum in mora*, o recorrente desenvolveu os seguintes argumentos (Id 1681157 - pág. 5):

Acerca do perigo de dano, este também revela-se presente, eis que, como se comprova por meio do holerite do agravante, está havendo a retenção do IRPF, indevidamente, haja vista que o peticionante preenche todos os requisitos da Lei 7.713/88, não havendo motivos para que se continue descontando e repassado o imposto em questão aos cofres do ente federado.

A r. decisão agravada fundamentou no sentido de que a ré possui solvabilidade e que, por esta razão, desnecessário o depósito judicial.

Impossível concordar com tal entendimento uma vez que, havendo o desconto indevido, posto que o agravante é portador de hepatopatia grave, o que lhe garante a isenção de Imposto de Renda, o repasse aos cofres públicos deste valor mensal descontado na fonte, representa verdadeiro enriquecimento ilícito, de maneira que nos parece ser mais justo que o valor permaneça depositado em conta à disposição do juízo até o deslinde da demanda.

O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que apenas foi suscitado genericamente que haveria enriquecimento ilícito do ente público com o recebimento do tributo, ou seja, sequer foi apontada de que maneira o agravante seria prejudicado sem a medida de urgência. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PERIGO DA DEMORA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

- A demanda originária é uma ação ordinária em que foi indeferida a tutela provisória requerida para que o valor relativo ao imposto de renda incidente sobre os proventos se aposentadoria do agravante fosse depositado judicialmente.

- *In casu*, à falta de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante relativamente à matéria (artigo 311 do CPC), passa-se à análise nos termos do artigo 300, *caput*, do CPC.

- O dano precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, em que apenas foi suscitado genericamente que haveria enriquecimento ilícito do ente público com o recebimento do tributo, ou seja, sequer foi apontada de que maneira o agravante seria prejudicado sem a medida de urgência. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada.

- Agravo de instrumento **desprovido.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004496-35.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TESIFON GONZALEZ SANCHES, SILVIA REGINA BARBOSA

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDA LOPES CREDIDIO IZEPPi - SP211767, PASCHOAL GESUALDO CREDIDIO - SP48432

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDA LOPES CREDIDIO IZEPPi - SP211767, PASCHOAL GESUALDO CREDIDIO - SP48432

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004496-35.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TESIFON GONZALEZ SANCHES, SILVIA REGINA BARBOSA

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDA LOPES CREDIDIO IZEPPi - SP211767, PASCHOAL GESUALDO CREDIDIO - SP48432

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDA LOPES CREDIDIO IZEPPi - SP211767, PASCHOAL GESUALDO CREDIDIO - SP48432

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto pela **União** contra decisão que, em sede de ação ordinária em fase de execução de sentença, rejeitou sua exceção de pré-executividade (Id 1839248 - págs. 139/142).

Sustenta a recorrente, em síntese, que está configurada a prescrição intercorrente, eis que:

a) o artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 consagra a prescrição quinquenal, que se inicia da data do último ato do processo que a interrompe, ou seja, do momento em que o processo executivo deixa de ser promovido por culpa do exequente (artigo 9º do mesmo decreto e artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.597/1942);

b) no caso, o início da contagem do prazo prescricional ocorreu com o trânsito em julgado do agravo de instrumento nº 2005.03.00.056410-9, de modo que a inércia dos autores perdurou por mais de 14 anos (de agosto de 2007, data de remessa dos autos ao arquivo, até o dia 27 de outubro de 2015), sem que tivessem tomado qualquer providência para dar regular andamento ao curso do feito executivo, o que era de suas competências;

c) incide a Súmula nº 150/STF.

Pleiteia o provimento do recurso para que seja reformado o *decisum*.

Foi indeferida a atribuição de efeito suspensivo ao recurso (Id 1960609).

Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004496-35.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TESIFON GONZALEZ SANCHES, SILVIA REGINA BARBOSA

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDA LOPES CREDIDIO IZEPI - SP211767, PASCHOAL GESUALDO CREDIDIO - SP48432

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDA LOPES CREDIDIO IZEPI - SP211767, PASCHOAL GESUALDO CREDIDIO - SP48432

VOTO

A demanda originária é uma ação ordinária em fase de execução de sentença em que foi rejeitada a exceção de pré-executividade da União nos seguintes termos (Id 1839248 - págs. 139/142):

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por DURVAL DE MORAES JUNIOR e OUTROS, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue os autores a recolher Imposto de renda incidente sobre versas rescisórias que reputam de caráter indenizatório.

A ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 76/80) e o trânsito em julgado ocorreu em 31/08/2000.

Citada, nos termos do artigo 730, do CPC então em vigência, a União deixou de opor embargos à execução, uma vez que o valor exequendo era aquele já por ela apurado e com o qual os exequentes concordaram.

Pelo E. TRF3 foi disponibilizado o pagamento dos beneficiários Josué Gomes de Lima, Durval de Moraes Junior, Edneia de Lourdes Roque Urbinati e João José Medeiros (fl. 190), no valor total de R\$ 42.878,43, levantado mediante alvará de levantamento.

À fl. 225 consta a liberação do valor referente aos beneficiários Tessifon Gonzales Sanches e Silvia Regina Barbosa, no total de R\$ 29.493,45.

Em razão de divergência de grafia no nome do senhor Tessifon, foi determinada a regularização (fl. 237), com ciência do Advogado em 05/07/2005 (fl. 239). Nessa mesma decisão este juízo entendeu desnecessária a apresentação das certidões elencadas no artigo 19 da lei nº 11.033/2004 e determinou a expedição de alvará de levantamento em favor dos senhores Tessifon e Silvia Regina, após a regularização.

A União Federal agravou dessa decisão e não obteve o efeito suspensivo (fl. 260).

O alvará foi então expedido à fl. 270 e liquidado em 26/09/2005 (fl. 274).

Em 15/12/2005 os autos foram ao arquivo e desarquivados em 02/07/2007 para juntada da decisão que negou provimento ao agravo da União, com trânsito em julgado em 09/04/2007.

Novamente os autos foram ao arquivo em 16/08/2007 e retornaram em 08/09/2014 para juntada de informações de saldo de contas enviados pelo E. TRF3 (fls. 300/307). Nesse informativo, está noticiada a existência de sando na conta, dentre outros, da senhora Silvia Regina Barbosa.

Instadas as se manifestar, a União alega, por meio de exceção de pré-executividade, prescrição intercorrente e a exequente requer o levantamento do valor.

O autor foi intimado para se manifestar sobre a alegação de prescrição intercorrente, mas silenciou.

É a síntese do necessário.

Decido.

A prescrição da execução corresponde à mesma aplicável para a ação de conhecimento, na linha da Súmula nº 150 do STF: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

E o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 diz que há prescrição quinquenal para qualquer direito ou ação da data que o originou a ser exercido contra a União Federal.

Por sua vez, o artigo 3º, do Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, dispõe que:

*Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; **consumar-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.** – grifei*

No presente caso, não verifico a ocorrência de prescrição intercorrente, já que não houve inércia da exequente por prazo superior a dois anos e meio.

Na verdade, consta nos autos o aviso de pagamento do E. TRF3, da primeira parcela do precatório da senhora Silvia Regina, mas não consta o aviso de disponibilização da segunda parcela.

É com o aviso de pagamento que este juízo emite o alvará de levantamento e intima a parte interessada para que promova sua retirada.

Uma vez que não consta nos autos a disponibilização da segunda parcela do precatório, não houve, conseqüentemente, a cientificação da interessada e expedição do competente alvará.

Não pode, portanto, a exequente ser prejudicada por fato ao qual não deu causa.

Como se nota, a parte foi intimada da existência do numerário em 13/10/2015 e requereu o levantamento já em 06/11/2015, não sendo possível falar em inércia de sua parte.

Diante do exposto, indefiro o pedido formulado na exceção de pré-executividade e determino o regular prosseguimento do feito.

Informe a senhora Silvia Regina Barbosa o nome do Advogado que efetuará o levantamento, com poderes específicos para tanto.

Após a regularização acima, observadas as formalidades legais, expeça-se o alvará de levantamento do valor informado à fl. 302.

Intimem-se.

[grifei]

A União sequer impugna o fundamento do juízo a quo, no sentido de que: É com o aviso de pagamento que este juízo emite o alvará de levantamento e intima a parte interessada para que promova sua retirada, bem como de que: Uma vez que não consta nos autos a disponibilização da segunda parcela do precatório, não houve, conseqüentemente, a cientificação da interessada e expedição do competente alvará.

Como registrou o magistrado, não se trata de prescrição intercorrente (artigos 1º e 9º do Decreto nº 20.910/1932, artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.597/1942 e Súmula nº 150/STF), na medida em que, a partir do momento em que este tribunal comunicou a existência do valor depositado, a interessada requereu o levantamento em menos de um mês.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA EM FASE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

- A demanda originária é uma ação ordinária em fase de execução de sentença em que foi rejeitada a exceção de pré-executividade da União nos seguintes termos:

No presente caso, não verifico a ocorrência de prescrição intercorrente, já que não houve inércia da exequente por prazo superior a dois anos e meio.

Na verdade, consta nos autos o aviso de pagamento do E. TRF3, da primeira parcela do precatório da senhora Silvia Regina, mas não consta o aviso de disponibilização da segunda parcela.

É com o aviso de pagamento que este juízo emite o alvará de levantamento e intima a parte interessada para que promova sua retirada.

Uma vez que não consta nos autos a disponibilização da segunda parcela do precatório, não houve, consequentemente, a cientificação da interessada e expedição do competente alvará.

Não pode, portanto, a exequente ser prejudicada por fato ao qual não deu causa.

Como se nota, a parte foi intimada da existência do numerário em 13/10/2015 e requereu o levantamento já em 06/11/2015, não sendo possível falar em inércia de sua parte.

[grifei]

- A União sequer impugna o fundamento do juízo *a quo*, no sentido de que *É com o aviso de pagamento que este juízo emite o alvará de levantamento e intima a parte interessada para que promova sua retirada*, bem como de que, *Uma vez que não consta nos autos a disponibilização da segunda parcela do precatório, não houve, consequentemente, a cientificação da interessada e expedição do competente alvará.*

- Como registrou o magistrado, não se trata de prescrição intercorrente (artigos 1º e 9º do Decreto nº 20.910/1932, artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.597/1942 e Súmula nº 150/STF), na medida em que, a partir do momento em que este tribunal comunicou a existência do valor depositado, a interessada requereu o levantamento em menos de um mês.

- Agravo de instrumento **desprovido**.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016021-48.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: PATRICIA MENDONCA GONCALVES CAMPELO

Advogado do(a) AGRAVADO: PATRICIA MENDONCA GONCALVES CAMPELO - SP303787-N

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016021-48.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - mlp-DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: PATRICIA MENDONCA GONCALVES CAMPELO

Advogado do(a) AGRAVADO: PATRICIA MENDONCA GONCALVES CAMPELO - SP303787

RELATÓRIO

Exma. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que, em ação mandamental, deferiu a liminar, para assegurar à impetrante o direito de protocolizar os requerimentos de benefícios previdenciários dos segurados por ela representados, durante o horário de expediente da agência, sem o prévio agendamento e sem limite à quantidade de requerimento por mandatário.

O agravante alega, em síntese, que, no caso em tela, inexistente direito líquido e certo, haja vista que não há prova pré-constituída do direito alegado pela agravada.

Consigna que a prática inquinada de ilegal tem por escopo zelar pela boa e eficiente administração previdenciária, constituindo medida de organização interna de sorte a racionalizar, operacionalizar e viabilizar da melhor forma possível o atendimento ao público.

Afirma que a necessidade de agendamento não fere “o livre exercício profissional” por parte dos mandatários.

Aduz que o Estatuto do idoso prevê que a garantia de prioridade compreende o atendimento imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço à população, o que impediria a concessão de liminar.

Sem contraminuta.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento.

É o relatório.

MARLI FERREIRA

Desembargadora Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016021-48.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 -mlp- DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: PATRICIA MENDONCA GONCALVES CAMPELO

Advogado do(a) AGRAVADO: PATRICIA MENDONCA GONCALVES CAMPELO - SP303787

VOTO

Exma. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora)

De acordo com o art. 294 do referido diploma legal, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Esse artigo assim dispõe:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Depreende-se da leitura do artigo acima que se revela indispensável à entrega de provimento antecipatório não só a probabilidade do direito, mas também a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que esses requisitos devem ser satisfeitos cumulativamente.

Nesse contexto, permite-se inferir que o novo Código de Processo Civil, neste aspecto, não alterou as condições para deferimento de tutela antecipatória fundada em urgência (anterior art. 273, I, do CPC/73).

No caso concreto, se encontram presentes os requisitos necessários ao deferimento da pretendida tutela recursal.

Das alegações da agravante, ao menos nessa sede de cognição sumária, se vislumbra a plausibilidade do direito invocado, haja vista que a necessidade de prévio agendamento (retirada de senha), ainda que disciplinada por norma administrativa, não me parece ofensivo à liberdade profissional do advogado, desde que uma única senha permita o atendimento a diversos pedidos.

Inicialmente, destaco que não desconheço que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 277.065, manifestou entendimento no sentido de que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia, *in verbis*:

"INSS - ATENDIMENTO - ADVOGADOS.

Descabe impor aos advogados, no mister da profissão, a obtenção de ficha de atendimento. A formalidade não se coaduna sequer com o direito dos cidadãos em geral de serem atendidos pelo Estado de imediato, sem submeter-se à peregrinação verificada costumeiramente em se tratando do Instituto."

(RE 277.065/RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. 08/04/2014, DJe 13/05/2014)

Ocorre que o E. STF, mais precisamente em 12/06/2014, em sede de exame de repercussão geral no RE 769.254, por meio de seu Plenário, decidiu que o tema envolvendo as restrições ao atendimento dos advogados nas agências do INSS não é de índole constitucional e, por tal motivo, não é dotado de repercussão geral. A ementa do julgado é a seguinte, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Tem natureza infraconstitucional a controvérsia a respeito da conformação das prerrogativas do exercício da advocacia, originada que está na Lei 8.906/94, cujo art. 7º assegura ao advogado, dentre outros direitos, o livre exercício da profissão em todo o território nacional, o livre ingresso em repartições públicas para a prática de ato ou colheita de prova ou de informação útil ao exercício da atividade profissional, o exame, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo ou da Administração Pública em geral, de autos referentes a processos findos ou em andamento e a vista de processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, bem como sua retirada pelo prazo legal. Portanto, não há questão constitucional a ser analisada.

2. A norma constitucional que preconiza a harmonia e independência entre os Poderes da União, pela sua generalidade, é insuficiente para infirmar o específico juízo formulado pelo acórdão recorrido no caso. Incidência do óbice da Súmula 284/STF.

3. Incabível, em recurso extraordinário, apreciar violação ao art. 5º, II, da CF/88, que pressupõe intermediário exame e aplicação de normas infraconstitucionais pertinentes (AI 796.905-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 21.5.2012; AI 622.814-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 08.3.2012; ARE 642.062-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 19.8.2011). 4. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13/03/2009).

5. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC".

(RE 769.254/SP, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, j. 12/06/2014, DJe 31/07/2014)

Em suma, sinalizou o C. STF às instâncias judiciais "a quo" que a solução do tema não necessita passar pelas normas constitucionais, sendo suficiente, portanto, que o juiz o examine e decrete seu veredito com base nos textos legais pertinentes ao caso.

Desse modo, entendo não mais aplicável como razão de decidir a posição antes explicitada pelo STF no RE 277.065, justamente porque suas bases repousam na questão constitucional, tendo a Excelsa Corte frisado, repita-se, por seu órgão Plenário, que a solução do tema não requer o emprego das normas da mais alta hierarquia do sistema jurídico.

E, em termos legislativos, a Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no art. 7º, naquilo que interessa ao deslinde da questão, preceitua o seguinte, *verbis*:

"Art. 7º - São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

(...)

VI - ingressar livremente:

(...)

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

(...)

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

(...)

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais".

É bem sabido que as atividades da advocacia não se resumem ao campo judiciário, ao contrário, vão bastante além desse tipo especial de atuação. Nesse sentido, entram em cena, por exemplo, a advocacia consultiva e a administrativa, essa última exercida em nome do constituinte perante órgãos da Administração Pública.

Da leitura do art. 7º em epígrafe verifica-se que a lei pretendeu conferir ao advogado certas prerrogativas (que não se confundem com privilégios) no sentido de permitir e facilitar o exercício de sua profissão.

Ora, ninguém pode negar que todo cidadão, mesmo antes da Lei nº 8.906, já poderia livremente acessar qualquer repartição pública para solicitar atendimento. Logo, se lei explicitou esse direito ao advogado é porque quis conferir algo mais a essa classe de profissionais, na medida em que tal direito já se aplicava a todas as pessoas, inclusive aos advogados.

A única interpretação possível é que a lei conferiu uma prerrogativa aos advogados, prerrogativa essa que se revela na não imposição de obstáculos excessivos no atendimento perante as repartições públicas, sempre que o profissional atue na representação de alguém.

Portanto, ao menos em meu sentir, a determinação do INSS, exposta em norma infralegal, **para que o advogado retire senha e enfrente nova fila de atendimento a cada requerimento de benefício previdenciário ou equivalente revela-se contrária ao art. 7º da Lei nº 8.906/94**. Tal medida, à toda evidência, tornaria, nesse campo específico, a atuação do advogado literalmente inviável, com inegáveis prejuízos ao seu sustento.

Por outro lado, a necessidade de prévio agendamento (retirada de senha), ainda que disciplinada por norma administrativa, não me parece ofensivo à liberdade profissional do advogado, desde que uma única senha permita o atendimento a diversos pedidos.

Nesse contexto, o prévio agendamento por meio de senha tem por objetivo conferir maior racionalização à atividade administrativa, eis que proporciona ao agente público certa previsibilidade em torno da carga de trabalho demandada, com isso podendo alocar a mão de obra segundo as necessidades mais prementes.

Ora, é preciso convir que isso proporciona uma maior eficiência aos serviços prestados pela Administração, o que, em última análise, nada mais significa do que a prevalência do interesse público sobre o individual, o que não pode ser simplesmente desconsiderado aqui.

Nesse sentido, destaco julgado desta C. Turma julgadora, de minha relatoria, *verbis*:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - INSS - ADVOGADO - PROTOCOLO DE MAIS DE UM REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO POR ATENDIMENTO EM POSTO DO INSS - ATENDIMENTO INDEPENDENTE DE AGENDAMENTO PRÉVIO.

Constitui obstáculo desnecessário e indevido ao exercício de atividade profissional, a determinação para que o advogado retire senha e enfrente nova fila a cada requerimento de benefício previdenciário. Necessário o agendamento prévio para protocolização de requerimentos, porque a pretensão de atendimento privilegiado prejudica os demais segurados que não têm condições econômicas de contratar advogado para representá-los em seus pleitos administrativos. Apelação parcialmente provida".

(AMS 2013.61.00.003584-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 19/12/2013, D.E. 13/01/2014)

Assim, merece reforma a r. decisão atacada.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

MARLI FERREIRA

Desembargadora Federal

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INSS. ATENDIMENTO. ADVOGADOS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 277.065/RS, manifestou entendimento no sentido de que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia.
2. Aquela C. Corte, mais precisamente em 12/06/2014, em sede de exame de repercussão geral no RE 769.254/SP, por meio de seu Plenário, decidiu que o tema envolvendo as restrições ao atendimento dos advogados nas agências do INSS não é de índole constitucional e, por tal motivo, não é dotado de repercussão geral.
3. Sinalizou o STF às instâncias judiciais *a quo* que a solução do tema não necessita passar pelas normas constitucionais, sendo suficiente, portanto, que o juiz o examine e decrete seu veredito com base nos textos legais pertinentes ao caso.
4. Deflui o entendimento de que não resta mais aplicável como razão de decidir a posição antes explicitada pelo STF no RE 277.065/RS, justamente porque suas bases repousam na questão constitucional, tendo a Excelsa Corte frisado, repita-se, por seu órgão Plenário, que a solução do tema não requer o emprego das normas da mais alta hierarquia do sistema jurídico.
5. A determinação do INSS, exposta em norma infralegal, para que o advogado retire senha e enfrente nova fila de atendimento a cada requerimento de benefício previdenciário ou equivalente revela-se contrária ao art. 7º da Lei nº 8.906/94. Tal medida, à toda evidência, tomaria, nesse campo específico, a atuação do advogado literalmente inviável, com inegáveis prejuízos ao seu sustento.
6. A necessidade de prévio agendamento (retirada de senha), ainda que disciplinada por norma administrativa, não ofende a liberdade profissional do advogado, desde que uma única senha permita o atendimento a diversos pedidos.
7. O prévio agendamento por meio de senha tem por objetivo conferir maior racionalização à atividade administrativa, eis que proporciona ao agente público certa previsibilidade em torno da carga de trabalho demandada, com isso podendo alocar a mão de obra segundo as necessidades mais prementes.
8. Assegura-se, assim, uma maior eficiência aos serviços prestados pela Administração, o que, em última análise, nada mais significa do que a prevalência do interesse público sobre o individual, o que não pode ser simplesmente desconsiderado aqui.
9. Precedente: TRF - 3ª Região, AMS 2013.61.00.003584-8/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 19/12/2013, D.E. 13/01/201410.
10. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002408-91.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: BRASILATA S A EMBALAGENS METALICAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE COUTINHO DE SOUZA - SP257391-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BRASILATA S A EMBALAGENS METALICAS

Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE COUTINHO DE SOUZA - SP257391-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **BRASILATA S A EMBALAGENS METALICAS**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000809-05.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SCHOLLE LTDA

Advogados do(a) APELADO: JULIANA CRISTINA BARION DELAFIORI - SP2562500A, MACIEL DA SILVA BRAZ - SP343809-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (11183034 - Embargos de Declaração)** para que **SCHOLLE LTDA**, ora embargado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020533-74.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO SÃO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: OTAVIO FURQUIM DE ARAUJO SOUZA LIMA - SP146474

AGRAVADO: VINICIUS CAMARGO DE SOUZA

PROCURADOR: ANDRE SANTOS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: ANDRE SANTOS DE OLIVEIRA - PR69161

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020533-74.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - mp-DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO SÃO PAULO

Advogado do(a) AGRAVANTE: OTAVIO FURQUIM DE ARAUJO SOUZA LIMA - SP146474

AGRAVADO: VINICIUS CAMARGO DE SOUZA

PROCURADOR: ANDRE SANTOS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: ANDRE SANTOS DE OLIVEIRA - PR69161

RELATÓRIO

Exma. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FUNDAÇÃO SÃO PAULO contra decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo” que deferiu parcialmente a tutela de urgência para determinar que o CENTRO DE ESTUDOS E COMISSÃO DE RESIDÊNCIA MÉDICA DE SOROCABA, nome fantasia da FACULDADE DE MEDICINA DE SOROCABA – PUC/SP finalizasse a inscrição do autor junto à Comissão Permanente de Supervisão e Acompanhamento -CPSA, fornecendo-lhe o documento de Regularidade de Inscrição – DRI no curso superior de medicina da instituição, de forma a torna-lo apto a contratar financiamento com recursos do Fundo de Financiamento Estudantil – FIES, bem como providenciasse a reserva de vaga para inserir o autor na próxima turma de medicina ofertada e que o FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE prorrogasse para o 1º semestre de 2018 a inscrição efetuada pelo autor no FIES – Processo seletivo do primeiro semestre de 2017.

A agravante narra que o agravado aforou ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, em face da União Federal, do FNDE e da Faculdade de Medicina de Sorocaba –PUC –SP, com escopo de revogar a aprovação e o cancelamento de sua inscrição no sistema do FIES, realizar sua inscrição imediata e emissão do DRI apto a celebração do contrato de financiamento e realizar a imediata efetivação de matrícula para o semestre em curso ou, sendo juridicamente impossível, proceda a reserva obrigatória de vaga para inserir o autor na próxima turma de medicina ofertada pela universidade, quer seja a oferta de vaga realizada no âmbito do FIES ou não.

Explica que o ora agravado se inscreveu via internet para o FIES no primeiro semestre de 2017 e foi pré-selecionado dentro do número de vagas, tendo comparecido junto a CPSA, validando sua inscrição para a comissão.

Afirma, que, contudo, não foi emitido o DRI (documento de regularidade de inscrição), sob a alegação de que as aulas já haviam começado, motivo pelo qual realizariam a prorrogação da inscrição para segundo semestre de 2017 entre os dias 3 a 7 de julho.

Aduz que a CPSA registrou sua inscrição no sistema informatizado do SISFIES e efetivou a prorrogação.

Relata que, em julho de 2017, o agravado compareceu perante a CPSA para obter o DRI, ocasião em que recebeu a informação da Instituição de Ensino de que não havia conseguido formar turma de medicina para o segundo semestre de 2017.

Consigna que foi esclarecido que tentariam obter nova prorrogação para sua inscrição no FIES para o primeiro semestre de 2018, mas o referido pedido foi indeferido pelo MEC, tendo a PUC cancelado sua inscrição no sistema, razão pela qual aforou a ação originária.

Anota que o início das aulas não é um impeditivo para a emissão do DRI, mas, após tal evento, os candidatos possuem um prazo limite para realizarem o processo junto ao FIES, pois, a partir de um determinado período, qualquer aluno que começar a participar das atividades acadêmicas estaria reprovado em todas as disciplinas em decorrência da carga horária mínima, não conseguindo, por isto, concluir o respectivo semestre.

Registra que, no caso do agravado, não havia como a Secretaria de Administração Escolar – SAE realizar sua matrícula, vez que já se encontrava fora do prazo máximo permitido e foi, por isto, que sua inscrição do FIES foi prorrogada.

Ressalta que o candidato efetivou sua inscrição na etapa das vagas remanescentes do FIES (em 07/04/2017-23h59), ocasião que não havia mais possibilidade de seu ingresso em sala de aula sem sofrer prejuízos acadêmicos.

Sustenta que equipe da SAE do campus Sorocaba da universidade realizou a prorrogação da inscrição do agravado, alertando-o que, possivelmente, não haveria formação de turma inicial para o semestre em que a inscrição em que a inscrição esta sendo prorrogada.

Afirma que, conforme Edital nº 8, de 27/01/2017, itens 5.11 e 5.1.2, o candidato com inscrição prorrogada para o semestre subsequente (2º/2017) deveria confirmar novamente a sua inscrição no SisFies entre o período de 03 a 07 de julho de 2017.

Frisa que o sistema do MEC não permite uma nova prorrogação.

Destaca que a instituição de ensino contactou todos os candidatos por telefone e e-mail, informando a cada um a situação de suas respectivas inscrições e sobre a não possibilidade de renovação da prorrogação.

Explica que, à época, foi realizada uma consulta com o MEC para tentar uma nova prorrogação da inscrição do agravado e dos demais candidatos na mesma condição, mas o MEC informou que o sistema não permitia tal iniciativa e que os candidatos poderiam realizar novas inscrições no 1º semestre de 2018, instaurando o procedimento e concorrendo com os demais alunos que também optaram pelo FIES.

Alega que a inscrição referente ao 1º semestre de 2017 para o curso de medicina consta, no site do SisFies, como “vencida”, ou seja não foi validada pela CPSA, uma vez que o estudante se encontrava em lista de espera no período no qual já haveria se consumado a reprovação por faltas do discente.

Consigna que o agravado não foi sequer matriculado no curso em questão, o que impossibilita a realização da reserva de vaga do agravado para o 1º semestre de 2018 no curso de medicina.

Esclarece que não havia no site do FIES a disponibilização de vagas para o curso de medicina, motivo pelo qual não foi possível realizar a inscrição do autor junto a CPSA e fornecer-lhe o DRI para torná-lo apto a realizar a contratação do financiamento estudantil, conforme determinação judicial, nem realizar reserva de vaga do agravado para o 1º semestre de 2018 no curso de medicina, tampouco garantir a inscrição do FIES para o candidato no semestre em questão, uma vez que a responsabilidade de inscrição é do agravado, que deverá respeitar os prazos respectivos.

Frisa que o DRI somente é emitido se houver disponibilidade de vaga, oportunidade em que o aluno poderá ser matriculado.

Conclui que se não há vaga, não há como emitir o documento.

Alega que a Pontifícia Universidade de São Paulo goza de autonomia didática e de gestão financeira e patrimonial, conforme o artigo 207 da Constituição Federal.

Assevera que não cabe ao Poder Judiciário interferir na seara da competência outorgada às universidades, a quem compete a elaboração de regras, cronogramas e demais procedimento para o bom funcionamento de suas atividades.

Entende que a renovação da prorrogação afronta o princípio da isonomia, haja vista que todos os discentes que se encontravam na mesma situação do agravado, inclusive o mesmo, foram contactados e receberam informações da situação de suas inscrições e da impossibilidade da referida renovação.

Foi indeferida a antecipação da tutela.

Sem contraminuta.

É o relatório.

MARLI FERREIRA

Desembargadora Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020533-74.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 -mp- DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: FUNDAÇÃO SÃO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: OTAVIO FURQUIM DE ARAUJO SOUZA LIMA - SP146474
AGRAVADO: VINICIUS CAMARGO DE SOUZA
PROCURADOR: ANDRE SANTOS DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: ANDRE SANTOS DE OLIVEIRA - PR69161

VOTO

Exma. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

De acordo com o art. 294 do referido diploma legal, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

O art. 300 do CPC estabelece como requisitos para a tutela de urgência: a) a probabilidade ou plausibilidade do direito; e b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Esse artigo assim dispõe:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Depreende-se da leitura do artigo acima que se revela indispensável à entrega de provimento antecipatório não só a probabilidade do direito, mas também a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que esses requisitos devem ser satisfeitos cumulativamente.

Nesse contexto, permite-se inferir que o novo Código de Processo Civil, neste aspecto, não alterou as condições para deferimento de tutela antecipatória fundada em urgência (anterior art. 273, I, do CPC/73).

No caso concreto, não se encontram presentes os requisitos necessários ao deferimento da pretendida tutela recursal.

Das alegações da agravante, ao menos nessa sede de cognição sumária, não se vislumbra a plausibilidade do direito invocado.

Conforme bem asseverou o magistrado, o ora agravado efetuou sua inscrição junto ao FIES em 29/03/2017, porém não obteve o Documento de Regularidade de Inscrição – DRI, em razão de que a eventual matrícula lhe resultaria em prejuízo e por isto realizariam a prorrogação de sua inscrição para o 2º semestre.

Constato que o candidato não conseguiu se inscrever no 2º semestre de 2017 ante a falta de turma, o que o motivou a pleitear a prorrogação de sua inscrição, que restou negada ao final.

Observo que o disposto no artigo 25 da Portaria Normativa nº 25/2016/MEC que dispõe que "Em caso de erros ou da existência de óbices operacionais por parte da IES, da CPSA, do agente financeiro ou dos gestores do Fies, que resultem na perda de prazo para validação da inscrição e contratação do financiamento, o agente operador FNDE, após o recebimento e avaliação das justificativas apresentadas pela parte interessada e autorização da SESu-MEC sobre a existência de vagas, **poderá adotar as providências necessárias à prorrogação dos respectivos prazos**, nos termos do art. 25 da Portaria Normativa MEC nº 1, de 2010".

Neste caso se aplicam os parágrafos 1º e 2º do aludido artigo," in verbis":

§ 1º Na situação prevista no caput, após solicitação motivada do FNDE, a SESu-MEC poderá autorizar a utilização de vaga disponibilizada no processo seletivo para fins de contratação de financiamento pelo estudante.

§ 2º Configurada a situação descrita no caput, caso todas as vagas ofertadas no curso e turno já tenham resultado em contratação de financiamento, a SESu-MEC, após solicitação motivada do FNDE, acompanhada da concordância da mantenedora envolvida, poderá autorizar a criação de vaga adicional."

Assim, a decisão atacada não merece reforma.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo interno e nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

E M E N T A

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSCRIÇÃO JUNTO AO FIES. PRORROGAÇÃO.

O agravado efetuou sua inscrição junto ao FIES em 29/03/2017, porém não obteve o Documento de Regularidade de Inscrição – DRI, em razão de que a eventual matrícula lhe resultaria em prejuízo, razão pela qual sua inscrição foi prorrogada para o 2º semestre.

O candidato não conseguiu se inscrever no 2º semestre de 2017 ante a falta de turma, o que o motivou a pleitear a prorrogação de sua inscrição, que restou negada ao final.

De acordo com o disposto no artigo 25 da Portaria Normativa nº 25/2016/MEC, que dispõe que “Em caso de erros ou da existência de óbices operacionais por parte da IES, da CPSA, do agente financeiro ou dos gestores do Fies, que resultem na perda de prazo para validação da inscrição e contratação do financiamento, o agente operador FNDE, após o recebimento e avaliação das justificativas apresentadas pela parte interessada e autorização da SESu-MEC sobre a existência de vagas, **poderá adotar as providências necessárias à prorrogação dos respectivos prazos**, nos termos do art. 25 da Portaria Normativa MEC nº 1, de 2010.

Na situação prevista no *caput*, após solicitação motivada do FNDE, a SESu-MEC poderá autorizar a utilização de vaga disponibilizada no processo seletivo para fins de contratação de financiamento pelo estudante.

Caso todas as vagas ofertadas no curso e turno já tenham resultado em contratação de financiamento, a SESu-MEC, após solicitação motivada do FNDE, acompanhada da concordância da mantenedora envolvida, poderá autorizar a criação de vaga adicional.

Agravo interno prejudicado.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, julgar prejudicado o agravo interno e negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007701-72.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: IRENE UETI SAKAMOTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: PERISSON LOPES DE ANDRADE - SP192291-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007701-72.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: IRENE UETI SAKAMOTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: PERISSON LOPES DE ANDRADE - SP1922910A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por IRENE UETI SAKAMOTO em face da decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade por ela oposta.

Alega a agravante, em síntese, que ocorreu a prescrição, visto que não se aplica ao caso a teoria da *actio nata*, bem como não estar configurada, na hipótese, causa para o redirecionamento da execução. Também alega a sua ilegitimidade passiva e a existência de patrimônio da sociedade suficiente para garantir a execução.

Deferida a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso.

Com contraminuta, retomaram os autos para julgamento.

Decido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007701-72.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: IRENE UETI SAKAMOTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: PERISSON LOPES DE ANDRADE - SP1922910A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Com efeito, consoante iterativa jurisprudência, o marco interruptivo da prescrição dá-se com o despacho de citação, que, regra geral, retroage à data da propositura. É lícito afirmar, com o respaldo na jurisprudência consolidada, que, em se tratando de responsabilidade tributária, a interrupção da prescrição com relação a um dos devedores solidários alcança os demais, *ex vi* do art. 125, III, do CTN.

Diz-se prescrição intercorrente aquela operada no curso do processo. Isso evita que se crie, por via oblíqua, o crédito imprescritível, o que malfere, em última análise, o princípio da segurança jurídica em seu vértice subjetivo, protetivo da confiança no tráfego jurídico.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

"AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

I. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, consolidou o entendimento de que, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.

2. Agravo regimental improvido". (STJ; Proc. AgRg nos EREsp 761488 / SC; 1ª Seção; Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO; DJe 07/12/2009 - grifei).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS.

I. A teor do disposto no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente improcedente, inadmissível ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal respectivo ou de Tribunal Superior.

II. Declarada a falência, eventual irregularidade praticada pelo sócio-gerente na administração da empresa há de ser apurada no juízo universal da falência e, apenas se constatada sua existência, será possível a inclusão no pólo passivo.

III. Decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios, há de se reconhecer a prescrição intercorrente em relação aos sócios. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça.

IV. Agravo desprovido.

(TRF3; Proc. AI 00229189020114030000; 4ª Turma; Rel. Des. Fed. ALDA BASTO; CJI:13/02/2012 - grifei).

Verifica-se que, no caso em tela, que ajuizado o feito executivo, a citação da empresa executada se deu em 11/10/2005 (fls. 40), sendo que o próximo marco interruptivo se deu com o pedido de redirecionamento, em 17/03/2014, quando há muito decorrido o prazo quinquenal para o redirecionamento.

Também destaco que no caso em tela não houve mora do Judiciário capaz de justificar a aplicação da Súmula nº 106 do E. STJ.

Colaciono, por fim, julgado do E. STJ, em que se reforçou a tese de que a prescrição intercorrente relativa ao redirecionamento da ação executiva em face do sócio não depende da análise de fatores subjetivos, mas do mero decurso do prazo quinquenal, como acima destacado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. INÉRCIA DA FAZENDA ESTADUAL. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA (SÚMULAS 282 E 356/STF). QUESTÃO, ADEMAIS, QUE ENVOLVE AMPLO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA (SÚMULA 7/STJ). PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS QUE SE INICIA COM A CITAÇÃO DA SOCIEDADE PARA A EXECUÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO COM O ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA A SER TUTELADO NO PROCESSO, EVITANDO-SE A IMPRESCRITIBILIDADE DAS DÍVIDAS FISCAIS. PRECEDENTES. O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESPROVIDO.

1. O Tribunal a quo limitou-se a dizer que a prescrição contra os sócios corre a partir da citação da empresa executada. Não teceu qualquer consideração sobre eventual inércia do ente público, razão pela qual além da falta de prequestionamento, porque sequer opostos Embargos Declaratórios para sanar eventual omissão (Súmula 282 e 356/STF), a questão não prescindiria de ampla análise de matéria fática-probatória, para o fim de se identificar se houve ou não a referida inércia do fisco paulista (Súmula 7/STJ).

2. Ainda, permitir que a pretensão de redirecionamento dependa de situações casuísticas conduziria, na prática, a uma quase imprescritibilidade da dívida tributária. Essa solução repugna ao ordenamento pátrio, pois traz, a reboque, a indesejável insegurança jurídica, já que o prazo prescricional dependeria de incontáveis fatos, nem sempre claros e, no mais das vezes, da apreciação subjetiva desses acontecimentos pelo Julgador.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui o firme entendimento de que a citação da sociedade executada interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução fiscal, que deverá ser promovida no prazo de cinco anos, prazo esse estipulado como medida de pacificação social e segurança jurídica, com a finalidade de evitar a imprescritibilidade das dívidas fiscais.

4. A Corte Especial firmou entendimento de que o comando legal que determina a suspensão do julgamento de processos em face de recurso repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao STJ.

5. Agravo Regimental da Fazenda Pública desprovido.

(AgRg no Ag 1421601/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 27/03/2015 - grifei)

Portanto, foi extrapolado o lapso legal, amplamente reconhecido pela jurisprudência, para o pedido de redirecionamento.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE INCLUSÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. LUSTRO LEGAL EXTRAPOLADO. RECURSO PROVIDO

- Consoante iterativa jurisprudência, o marco interruptivo da prescrição dá-se com o despacho de citação, que, regra geral, retroage à data da propositura. É lícito afirmar, com o respaldo na jurisprudência consolidada, que, em se tratando de responsabilidade tributária, a interrupção da prescrição com relação a um dos devedores solidários alcança os demais, *ex vi* do art. 125, III, do CTN.

- Diz-se prescrição intercorrente aquela operada no curso do processo. Isso evita que se crie, por via oblíqua, o crédito imprescritível, o que malfere, em última análise, o princípio da segurança jurídica em seu vértice subjetivo, protetivo da confiança no tráfego jurídico.

- Verifica-se que, no caso em tela, que ajuizado o feito executivo, a citação da empresa executada se deu em 11/10/2005 (fls. 40), sendo que o próximo marco interruptivo se deu com o pedido de redirecionamento, em 17/03/2014, quando há muito decorrido o prazo quinquenal para o redirecionamento. Destaco que no caso em tela não houve mora do Judiciário capaz de justificar a aplicação da Súmula nº 106 do E. STJ.

- Portanto, foi extrapolado o lapso legal, amplamente reconhecido pela jurisprudência, para o pedido de redirecionamento.

- Agravo de Instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005949-65.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MAURICIO ALVES TEIXEIRA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO ALVES MONTEIRO - MS9130, GLAUCO LUBACHESKI DE AGUIAR - MS9129

AGRAVADO: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005949-65.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MAURICIO ALVES TEIXEIRA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO ALVES MONTEIRO - MS9130, GLAUCO LUBACHESKI DE AGUIAR - MS9129

AGRAVADO: INSTITUTO FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MAURÍCIO ALVES TEIXEIRA em face da r. decisão que, em sede de ação ordinária, indeferiu o pedido de tutela de urgência, objetivando sua investidura no cargo de Professor do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, área de Informática/Redes de Computadores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul -IFMS.

Afirma que foi inabilitado para referido cargo, apesar de aprovação em concurso público, sob a justificativa de não preencher o requisito de escolaridade exigido pelo edital (Graduação em Ciência da Computação ou em Análise de Sistemas ou em Engenharia da Computação ou em Engenharia de Redes ou em Engenharia Elétrica ou em Engenharia de Telecomunicações ou em Gestão da Tecnologia da Informação ou em Análise e Desenvolvimento de Sistemas ou em Segurança da Informação ou em Redes de Computadores ou área equivalente). Todavia, alega que possui formação em área equivalente, conforme consta do edital, e que por uma questão de nomenclatura dos cursos elencados, foi excluído do certame. Aduz, ainda, que não há no edital qualquer previsão objetiva que delimite quais seriam as ditas áreas equivalentes.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo pleiteado.

A parte contrária apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005949-65.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: MAURICIO ALVES TEIXEIRA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIO ALVES MONTEIRO - MS9130, GLAUCO LUBACHESKI DE AGUIAR - MS9129

AGRAVADO: INSTITUTO FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL

VOTO

Discute-se o direito do agravante à posse e exercício no cargo de Professor do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, área de Informática/Redes de Computadores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul -IFMS.

Realmente, o edital constitui a norma de um concurso, o qual vincula não só o Poder Público como também os particulares que a ele aderem voluntariamente. Por outras palavras, o edital é a lei do concurso, vinculando, aos seus estritos termos, tanto a Administração Pública quanto os candidatos nele inscritos.

No caso concreto, o agravante disputa vaga para cargo de Professor do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, área de Informática/Redes de Computadores.

Ora, nos termos do edital nº 003/2016 – CCP - IFMS, a formação e habilitação exigida para tal cargo são: "*Graduação em Ciência da Computação ou em Análise de Sistemas ou em Engenharia da Computação ou em Engenharia de Redes ou em Engenharia Elétrica ou em Engenharia de Telecomunicações ou em Gestão da Tecnologia da Informação ou em Análise e Desenvolvimento de Sistemas ou em Segurança da Informação ou em Redes de Computadores ou área equivalente*".

O agravante possui formação de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Novas Tecnologias em Redes de Computadores, Curso de Graduação com título de Bacharel e Licenciado em Matemática Aplicada e Computacional, ambos pela Universidade Católica Dom Bosco. Além disso, foi aprovado em concurso público realizado pelo Exército Brasileiro na função de Oficial de Informática.

Aparentemente, tais cursos podem ser considerados como área equivalente, aptos a cumprir esse requisito editalício.

De outra feita, também está presente o *periculum in mora* na medida em que o concurso está em andamento.

Mostra-se, entretanto, desarrazoado nesse momento obstaculizar o acesso ao serviço público de um candidato que ao que tudo indica é detentor dos conhecimentos exigidos e previstos no edital.

Todavia, diante da divergência apontada, há a necessidade de se garantir a reserva de vaga do candidato, ao menos enquanto não julgada definitivamente a ação principal, onde poderá se aferir, após dilação probatória, com maior exatidão, a real equivalência dos cursos realizados pelo agravante.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para que a vaga no referido concurso público seja reservada ao agravante, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. QUALIFICAÇÃO COMPATÍVEL. PREVISÃO NO EDITAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

-Discute-se o direito do agravante à posse e exercício no cargo de Professor do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, área de Informática/Redes de Computadores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul – IFMS.

-O edital constitui a norma de um concurso, o qual vincula não só o Poder Público como também os particulares que a ele aderem voluntariamente.

-Nos termos do edital nº 003/2016 – CCP - IFMS, a formação e habilitação exigida para tal cargo é: "*Graduação em Ciência da Computação ou em Análise de Sistemas ou em Engenharia da Computação ou em Engenharia de Redes ou em Engenharia Elétrica ou em Engenharia de Telecomunicações ou em Gestão da Tecnologia da Informação ou em Análise e Desenvolvimento de Sistemas ou em Segurança da Informação ou em Redes de Computadores ou área equivalente*".

-O agravante possui formação de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Novas Tecnologias em Redes de Computadores, Curso de Graduação com título de Bacharel e Licenciado em Matemática Aplicada e Computacional, ambos pela Universidade Católica Dom Bosco. Além disso, foi aprovado em concurso público realizado pelo Exército Brasileiro na função de Oficial de Informática.

-Aparentemente, tais cursos podem ser considerados como área equivalente, aptos a cumprir esse requisito editalício.

-Está presente o *periculum in mora* na medida em que o concurso está em andamento.

-Diante da divergência apontada, há a necessidade de se garantir a reserva de vaga do candidato, ao menos enquanto não julgada definitivamente a ação principal, onde poderá se aferir, com maior exatidão, a real equivalência dos cursos realizados pelo agravante.

-Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao

agravo de instrumento, para que a vaga no referido concurso público seja reservada ao agravante, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001969-13.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: COMERCIO ATACADISTA USTULIN LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON RICARDO DE OLIVEIRA RIZZO - SP168689
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001969-13.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: COMERCIO ATACADISTA USTULIN LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON RICARDO DE OLIVEIRA RIZZO - SP168689
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por COMÉRCIO ATACADISTA USTULIN em face da decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de desbloqueio das penhoras realizadas (id 1673635 - Pág. 1/2).

Em síntese, requer o provimento do recurso, (...) *determinando-se o levantamento e a desconsistência das penhoras determinadas às fls. 153/153, liberando-se as restrições e penhoras sobre os veículos FIAT FIORINO, placa FKW1412 e CAMINHÃO 8.160, placa FGK-4961, bem como sobre o faturamento de 5% do rendimento da empresa, uma vez que foram efetuados durante a suspensão da exigibilidade da execução, a qual continua suspensa pela nova adesão ao programa de parcelamento, somente podendo ser penhorados outros bens, em caso de descumprimento do parcelamento, posteriormente noticiado nos autos (...).*

Com contraminuta (id 3162783).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001969-13.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: COMERCIO ATACADISTA USTULIN LTDA - EPP

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Nos termos do inciso VI do artigo 151 do Código Tributário Nacional, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário.

De outra parte, em consonância com a jurisprudência do C. STJ, a concessão de parcelamento não tem o condão de desconstituir a penhora anteriormente realizada, conforme apontam os recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ADESÃO A REGIME DE PARCELAMENTO. MANUTENÇÃO DA PENHORA JÁ REALIZADA. CABIMENTO.

I - É legítima a manutenção da penhora preexistente à concessão de parcelamento tributário, causa de suspensão da exigibilidade do crédito, mas sem o condão de desconstituir a garantia dada em juízo.

II - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. III - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1276433/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 23.02.2016, publicado no DJe de 29.02.2016)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADESÃO DO CONTRIBUINTE AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO FISCAL, INSTITUÍDO PELA LEI 11.941/2009. PRETENDIDA MANUTENÇÃO DOS BLOQUEIOS DOS ATIVOS FINANCEIROS, COM BASE NO ART. 11, I, DA LEI 11.941/2009. DISCUSSÃO QUANTO AO MOMENTO EM QUE OCORREU O BLOQUEIO, SE ANTES OU DEPOIS DA ADESÃO AO PROGRAMA DE PARCELAMENTO. AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na forma do posicionamento desta Corte, ocorre violação ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 372.836/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 14/04/2014; AgRg no REsp 1.355.898/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2014.

II. No caso dos autos, verifica-se que, conquanto a questão acerca da impossibilidade de desbloqueio dos ativos financeiros do devedor, com base no art. 11, I, da Lei 11.941/2009, ter sido articulada, desde a petição inicial do Agravo de Instrumento, interposto, pela Fazenda Nacional, nada foi apreciado, sob o referido enfoque, visto que o Tribunal de origem limitou-se a defender o entendimento de que, ante a adesão do contribuinte ao Programa de Parcelamento dos créditos tributários, a manutenção do bloqueio dos seus ativos financeiros afrontaria os princípios da razoabilidade e da menor onerosidade da execução.

III. Diante da ausência de apreciação da questão controvertida, sob o enfoque apresentado pela Fazenda Nacional, é de se reconhecer que não houve a devida fundamentação do acórdão, sobretudo se se considerar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a adesão do contribuinte ao parcelamento fiscal tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151, VI, do CTN, mas não autoriza a desconstituição de penhora feita em Execução Fiscal, anteriormente ajuizada.

IV. Assim, afigura-se acertada a decisão ora agravada, que reconheceu a afronta ao art. 535, II, do CPC, especialmente porque, além de ser vedada, ao STJ, a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, quando do exame do Recurso Especial, a matéria suscitada pela parte recorrente, no particular, deve ter sido devidamente prequestionada, para que se viabilize o conhecimento do Recurso Especial. Eventual não conversão, em penhora, dos ativos financeiros - como sustenta a agravante - constitui matéria que deverá ser devidamente apreciada, pela instância ordinária, visto tratar-se de questão fática, intrinsecamente relacionada à violação, ou não, do art. 11, I, da Lei 11.941/2009.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1561939/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 03.12.2015, publicado no DJe de 15.12.2015)

No caso dos autos, as constrações realizadas na execução se deram em momento anterior a adesão ao parcelamento.

Logo, legítima a manutenção das penhoras, visto que a concessão de parcelamento não tem o condão de desconstituir a penhora anteriormente concedida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO POSTERIOR ÀS CONSTRIÇÕES. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151, VI, DO CTN. LEVANTAMENTO DAS PENHORAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do inciso VI do artigo 151 do Código Tributário Nacional, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário.
2. Em consonância com a jurisprudência do C. STJ, a concessão de parcelamento não tem o condão de desconstituir a penhora anteriormente realizada (AgRg no REsp nº 1276433/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 23.02.2016, publicado no DJe de 29.02.2016; AgRg no REsp nº 1561939/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 03.12.2015, publicado no DJe de 15.12.2015).
3. As constrações realizadas na execução se deram em momento anterior a adesão ao parcelamento.
4. Logo, legítima a manutenção das penhoras, visto que a concessão de parcelamento não tem o condão de desconstituir a penhora anteriormente realizada.
5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO (198) Nº 5002533-17.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PIXOLE METROPOLE COMERCIO DE CALCADOS LTDA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: TERESA CRISTINA HENRIQUES DE ABREU - SP266416-A, ANIELLE KARINE MANHANI FELDMAN - SP317034-A

D E C I S Ã O

Apelação interposta pela UNIÃO (Id. 1644919) contra sentença que, em sede de ação ordinária, **acolheu o pedido** e extinguiu o processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ICMS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, bem como autorizou a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior ao ajuizamento, observadas as disposições legais e infralegais correlatas, inclusive a obrigação de declarar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, guardar toda a documentação relativa ao mesmo crédito, enquanto não extinto, apresentar pedido de habilitação de crédito e aguardar o trânsito em julgado (Id. 1988097).

Requer a UF, em preliminar, a suspensão do feito até a finalização do julgamento do RE n.º 574.706/PR, considerada certa a oposição de embargos de declaração pela fazenda e o acórdão resultante, e sustenta, em síntese, que:

a) o valor do ICMS como custo que é na formação do preço da mercadoria ou do serviço deve compor o cálculo da receita bruta, base de cálculo da COFINS e do PIS;

b) o fato do ICMS ser recolhido aos cofres públicos estaduais não desnatura a sua condição de custo componente do preço da mercadoria ou do serviço, visto que os demais custos também não são, em regra, destinados ao contribuinte, mas sim a terceiros;

c) não há nenhuma relevância jurídica no fato do ICMS ser destinado aos cofres públicos estaduais enquanto grande parte dos demais custos é destinado a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado;

d) outros tributos que também compõem os custos da mercadoria ou do serviço são destinados a pessoas jurídicas de direito público, e nem por isso deixam de ser considerados custos e deixam de ser contabilizadas no valor da receita bruta;

e) caso se adote o conceito de receita bruta mais restritivo (Lei 9.718/98) ou o mais extensivo (Lei nº 10.637/02 e Lei 10.833/03) é intuitivo que os valores referentes ao ICMS pagos por determinada pessoa jurídica sujeita ao recolhimento de PIS e COFINS devem integrar a base de cálculo de tais contribuições.

f) no julgamento do RE nº 212.209/MG, o STF definiu que um tributo pode fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro tributo, visto que se trata de custo que compõe o valor da mercadoria ou da prestação do serviço;

g) o entendimento historicamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois integram o conceito de faturamento, tal como demonstram os seus enunciados 68 e 94.

Contrarrazões apresentadas pelo contribuinte (Id. 1644924).

É o relatório.

Preliminarmente: Da modulação dos efeitos

No que toca à manifestação da UF quanto à suspensão do feito até a finalização do julgamento do RE n.º 574.706/PR, considerada certa a oposição de embargos de declaração pela fazenda e o acórdão resultante, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE n.º 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe n.º 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo.

Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos:

Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683- -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS

A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional.

A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nesse contexto, é de ser afastada a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, como requerido. Reconhecida a inexigibilidade da exação, faz-se necessária a análise do pedido de restituição.

Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "*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*":

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. (grifamos)

(RE 566.621/RS - Tribunal Pleno - rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 04.08.2011, v.m., DJe 11.10.2011)

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 10/09/2017 (Id. 1644831). Aplicável, portanto, o prazo prescricional quinquenal.

Necessidade de comprovação do recolhimento para fins de compensação

Cabível, no caso, o reconhecimento do direito da parte recorrida à compensação dos valores recolhidos a maior nos últimos cinco exercícios financeiros anteriores ao ajuizamento da ação, após o trânsito em julgado, com o acréscimo dos consectários legais.

Bem assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, (ação proposta em 10/09/2017), observa-se que a parte autora **juntou** aos autos documentos comprobatórios do pagamento do PIS/COFINS relativos aos períodos comprovados entre 09/2012 à 05/2017 (Id. 1988010). Dessa forma, somente no que toca aos meses referidos deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada (art. 333, inciso I, do CPC/1973).

Compensação de valores indevidamente recolhidos a título de PIS e COFINS

A parte autora, ora apelante, pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do montante indevidamente recolhido nos últimos 5 anos anteriores à impetração.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no **Recurso Especial n.º 1.137.738/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda. (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

In casu, deve ser aplicada a Lei n.º 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei n.º 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda, as quais estabelecem que a compensação dar-se-á com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei n.º 8.112/91 (art. 26, parágrafo único, da Lei n.º 11.457/2007). A esse respeito, já se manifestou o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DOIS RECURSOS ESPECIAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. REGRA DO ART. 170-A DO CTN. APLICABILIDADE. DEMANDA AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC N. 104/2001. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07.

(...)

3. O disposto no art. 170-A do CTN, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, somente se aplica às demandas ajuizadas após a vigência da Lei Complementar n. 104/01, ou seja, a partir de 11.1.2001, o que se verifica na espécie. Ademais, o referido dispositivo legal também se aplica às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido, segundo entendimento firmado em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp n. 1.167.039/DF).

4. Entendimento desta Corte no sentido da impossibilidade de compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes: REsp 1277941/PB, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16.11.2011; AgRg no REsp 1267060/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24.10.2011.

5. Recurso especial do contribuinte parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso especial da Fazenda parcialmente provido.

(REsp 1266798/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012)

Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos **Recursos Especiais n.ºs 1.164.452/MG e 1.167.039/DF**, representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2017, após a entrada em vigor da LC n.º 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009)

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso V, alínea "b", do CPC, **dou parcial provimento ao apelo da UNIÃO**, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido, para declarar o direito de a recorrente efetuar o recolhimento das contribuições ao PIS/COFINS com a exclusão do ICMS de suas bases de cálculo, bem como de compensação do *quantum* pago a maior, apenas no período comprovado nos autos, com as limitações explicitadas.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, remetam-se os autos ao juízo de origem, observadas as cautelas legais.

REEXAME NECESSÁRIO (199) Nº 5007517-61.2018.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

PARTE AUTORA: TECNO FOODS LTDA - EPP

JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 1ª VARA FEDERAL

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIZ LEMOS DE SOUZA BRITO FILHO - SP307124-A, GUSTAVO BITTENCOURT VIEIRA - MS13930-A, DANIEL

IACHEL PASQUALOTTO - SP314308-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de sentença submetida à remessa oficial (Id. 6778572), que concedeu a segurança para reconhecer que o valor do ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS e para determinar que a autoridade efetue a compensação dos valores recolhidos a esse título com incidência da taxa Selic desde a retenção indevida e obedecido o disposto no artigo 74 da Lei 9.430/1996 e 170-A do CTN, respeitada a prescrição quinquenal.

Ciência da União relativamente à sentença (Id. 6778734 – fls. 22/23) e posterior decurso de prazo sem manifestação a respeito de interesse na interposição de eventual recurso.

Parecer do Ministério Público Federal a opinar no sentido do prosseguimento do feito (Id. 8050434).

É o relatório. Decido.

No que concerne à remessa oficial, nos termos do artigo 19, §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.522/02, tem-se que:

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do §1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Destarte, considerada a ciência da União com relação à sentença (Id. 6778734 – fls. 22/23), bem como a inexistência de manifestação concernente ao seu interesse em recorrer, não conheço da remessa oficial, nos termos do artigo 19, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 10.522/02.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, não conheço da remessa oficial.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, remetam-se os autos ao juízo de origem, observadas as cautelas legais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027534-76.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: USINA SANTA RITA S A ACUCAR E ALCOOL, AGRO PECUARIA SANTA ROSA LTDA, NELSON AFIF CURY, MARIA HELENA ZACHARIAS CURY

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO MARINI - SP106474, JOSE FRANCISCO BARBALHO - SP79940, ANA GRAZIELA CLATE - SP269596

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por USINA SANTA RITA S/A ACUCAR E ALCOOL contra a decisão que rejeitou o bem oferecido para penhora, tendo em vista a recusa da exequente.

Alega a agravante, em síntese, que tendo a agravante indicado bens à penhora, dentro do prazo legal, bens suficientes para segurar o juízo, não se justifica que se promova a execução pelo modo mais gravoso. Sustenta, ademais, que a nomeação obedeceu à ordem legal. Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Não é o caso dos autos.

Em sede de execução fiscal, a garantia do Juízo far-se-á com observância ao disposto no artigo 11 da Lei nº 6.830/80, dispositivo legal em que se estabelece ordem de preferência dos bens suscetíveis de penhora, tendo por parâmetro a liquidez dos bens lá elencados. Desse modo, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, confere-se ao exequente o direito de escolher o bem que melhor e mais rapidamente irá permitir a satisfação de seu crédito.

Não obstante a execução seja pautada no princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC), deve-se levar em conta a todo o momento que a execução se realiza no interesse do credor (art. 797 do CPC), o que significa dizer que o menor gravame ao devedor não pode ocasionar a ineficiência da execução. Em suma, a execução não pode ser indolor ou inócua, posto que não é esse o sentido do art. 805 do CPC.

Impende salientar que o Código de Processo Civil estabeleceu no parágrafo 1º do aludido art. 835 que: "É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto". Depreende-se, portanto, que somente os itens dos incisos II a XIII podem ser penhorados sem obediência da ordem prevista.

Importante observar também que o parágrafo 2º do art. 835 no CPC, estabelece: "para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento". Desse modo, pode o executado, por meio de fiança bancária ou seguro-garantia pleitear a substituição do numerário bloqueado, observando-se as disposições dos art. 847 e 848 do CPC.

Além disso, é posicionamento sedimentado nos tribunais que a exequente não se encontra obrigada a aceitar a nomeação de bens que, a despeito de figurarem em melhor localização no elenco do art. 11 citado, não ostentam a necessária liquidez.

Por fim, saliente-se que o princípio da menor onerosidade ao devedor deve ser aplicado quando existirem alternativas igualmente úteis à satisfação do direito do credor.

Na hipótese dos autos, a executada ofereceu à penhora imóvel de sua propriedade (fls. 325/331 dos autos originários). A exequente, à fl. 345 verso, rejeitou a oferta.

Desse modo, considerando que a execução se faz no interesse do credor, e na ausência de garantia capaz de atender aos requisitos de liquidez necessários, não é possível acolher a pretensão do agravante.

Nestes termos, não verificada a presença do *fumus boni iuris*, dispensável a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indefiro o efeito suspensivo pleiteado**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a UNIÃO FEDERAL para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031033-68.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: SEMIRAMIS PEREIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO D ANGELO PRADO MELO - SP313636
INTERESSADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

À vista da certidão Id 10357297, que informa que o comprovante do recolhimento das custas não se encontra visualizável, intime-se o agravante para que, em cinco dias, junte aos autos a guia de custas (doc. 7) noticiada na petição inicial, sob pena de deserção (CPC - art. 1.017, §1º)

Publique-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031517-83.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SOROVALE ADMINISTRADORA DE BENEFICIOS E CONVENIOS S/A
Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - RS40881-A

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu o pedido liminar para declarar suspensa a exigibilidade das contribuições devidas ao PIS e à COFINS incidentes sobre o valor correspondente a estas mesmas contribuições, na forma do art. 151, IV, do CTN.

Alega a agravante, em síntese, que o julgamento do REExt 574.706/PR traz a absoluta impossibilidade de extensão ou inaplicabilidade à hipótese de tributos diretos, em especial aqueles que incidam sobre a receita bruta daqueles que tenham essa mesma hipótese de incidência. Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Não é o caso dos autos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*".

Anote-se que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

Ausente o *fumus boni iuris*, dispensa-se a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indefiro a medida liminar**.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000401-36.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KRAFT HEINZ BRASIL COMERCIO, DISTRIBUICAO E IMPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: EUNYCE PORCHAT SECCO FAVERET - RJ81841-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (12205691 - Embargos de Declaração)** para que KRAFT HEINZ BRASIL COMERCIO, DISTRIBUICAO, ora embargado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu o pedido liminar para afastar a proibição firmada pelo artigo 74, § 3º, inciso IX da Lei 9.430/96 (introduzido pelo art. 6º da Lei 13.670/18), até o final do ano fiscal em curso.

Alega a agravante, em síntese, que em momento algum a Lei n. 13.670/2018 afeta a opção do contribuinte pelo regime de apuração mensal, a qual permanece válida e eficaz até o próximo exercício, momento no qual poderá alterar ou manter o regime de recolhimento. Sustenta, ademais, que a alteração introduzida diz respeito ao regime jurídico da compensação, a qual não está sujeita à anterioridade e muito menos constitui direito adquirido. Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

É o caso dos autos.

É sabido que as regras constitucionais da anterioridade consistem em limite constitucional ao poder de tributar que visa proteger o contribuinte contra surpresas na majoração da carga tributária. De modo que toda alteração legislativa que implique aumento de carga tributária (na alíquota ou na base de cálculo, bem como na abrangência do fato gerador) deve obedecer ao previsto no artigo 150 da CF.

O caso em tela, porém, é diverso.

O artigo 6º da Lei 13.670/18 alterou o artigo 74 da Lei 9.430/96, passando a vedar a compensação de débitos relativos a pagamentos mensais por estimativa do IRPJ e da CSLL.

A compensação é modalidade de extinção das obrigações. Nos termos do artigo 170 do CTN, “*a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública*”.

Deste modo, as alterações no seu procedimento são aplicáveis imediatamente, não havendo, na linha de precedentes recentes do E. STJ, direito adquirido a regime jurídico.

Não há que se falar, outrossim, em violação a direito adquirido ou à segurança jurídica, pois as compensações são meras expectativas de direito compensatório do contribuinte. Neste sentido: Ap 00076604420094036100 – Des. Fed. Mairan Maia, TRF3 – Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 Data: 27/06/2018.

No mais, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a agravante vê inviabilizado seu direito de cobrar o valor que entende devido.

Ante o exposto, **defiro a antecipação da tutela recursal.**

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000876-89.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ZANAFLEX BORRACHAS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO MANSSUR SANTAROSA - SP378119-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 7547029) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5004637-24.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: BURDAY'S TEXTIL E MODAS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DE ARRUDA NAVARRO - SP258440-A, GUSTAVO HENRIQUE DOS SANTOS VISEU - SP117417-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 7432930) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000790-09.2017.4.03.6134
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DIDE ELETROMETALURGICA LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
Advogados do(a) APELADO: MARCELO FRANCA - SP240500-A, JOSE FERNANDES PEREIRA - SP66449-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 7159105) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000747-45.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIAS DE PAPEL R RAMENZONI S/A

Advogado do(a) APELADO: HORACIO VILLEN NETO - SP196793-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 6094386) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5002423-66.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WLAD ACO - EIRELI - EPP

Advogado do(a) APELADO: ANA LUCIA DA CRUZ PATRAO - SP116611-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 6944887) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5001572-06.2018.4.03.6126

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: MANSERV FACILITIES LTDA

Advogado do(a) APELANTE: NELSON WILLIAMS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 6910040) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000732-81.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PARAMOUNT INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUCAS DE ARAUJO FELTRIN - SP274113-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 6768325) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000894-76.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: DACARTO BENVIC LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MARCOS HIDEO MOURA MATSUNAGA - SP174341-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 5480102) apenas no efeito devolutivo, anten a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5004563-18.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: ASCENTY DATA CENTERS E TELECOMUNICACOES S/A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - RS40881-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 5136302 - fls. 41/67 e Id 5136303 - fls. 01/03) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RM FITNESS CENTER - ACADEMIA DE GINASTICA LTDA, NOVA EXPRESS COMERCIO, EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794-A
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL CAPAZ GOULART - RJ149794-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 3437641) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5017625-43.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: FUJITSU GENERAL DO BRASIL LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO BARROSO TAPARELLI - SP234419-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUJITSU GENERAL DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO BARROSO TAPARELLI - SP234419-A

DESPACHO

Recebo as apelações interpostas pela parte autora (Id 3966380 - fls. 2/12) e pela União (fazenda nacional) (Id 3966380 - fls. 19/25) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5011779-45.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: M A S CONSTRUCOES E EMPREENDIMENTOS LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: PAULO AUGUSTO GRECO - SP119729-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 7489376) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000592-16.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 7830262) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 7 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5001340-30.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: PLASFIL PLASTICOS LIMITADA
Advogados do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 3623856) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que denegou a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 7 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003034-07.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DTEK PRODUTOS PARA INFORMATICA LTDA
Advogados do(a) APELADO: DANILO MARQUES DE SOUZA - SP273499-A, FABIO PALLARETTI CALCINI - SP197072-A, RODRIGO FORCENETTE - SP175076-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 7820574) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 7 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002458-84.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: MARINALVA MANFRIM RODRIGUES - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO BOTELHO SENNA - SP184686-A
AGRAVADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (9971650 - Embargos de Declaração)** para que **MARINALVA MANFRIM RODRIGUES - ME, ora embargado**, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030728-84.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: JOB NICOLAU TRAVAINI
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABRICIO AUGUSTO BAGGIO GUERSONI - SP168740
AGRAVADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO ANTONIO AMORIM RODRIGUES - SP200241

DESPACHO

À vista da certidão Id 9916419, intime-se o agravante para que, no prazo de 5 (cinco) dias, proceda à regularização das custas, nos termos da Resolução nº 138, de 06/07/2017, da Presidência desta corte.

Publique-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028480-48.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: RESULT GRAFICA SERVICOS E COMERCIO EIRELI
Advogados do(a) AGRAVANTE: ANTONIO DE MORAIS - SP137659-A, ISRAEL PACHIONE MAZIERO - SP221042
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por RESULT GRÁFICA SERVIÇOS E COMÉRCIO EIRELI em face da decisão que, em execução fiscal, rejeitou o bem oferecido à penhora e deferiu o pedido formulado pela União Federal de constrição *on line* via BACENJUD (id 7749752 - Pág. 14/16).

Por ocasião do indeferimento do pedido formulado pelo agravante de concessão da justiça gratuita, foi determinado o recolhimento das custas na agência bancária da Caixa Econômica Federal, a teor da Resolução nº 138/2017 da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de 06/07/2017, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção (id 7853051).

Por sua vez, a parte recorrente em vez de cumprir o determinado, assim não procedeu.

Assim, ante o não atendimento da determinação judicial, ainda que alertado das consequências, o recurso deve ser considerado deserto.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III, do CPC, não conheço do recurso.

Intimem-se.

Após, remetam-se os autos à vara de origem.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028463-12.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: REGINALDO DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA PAULA MARCHETTI - SP134236

AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por REGINALDO DE SOUZA em face da decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de levantamento do bloqueio e a liberação do valor constricto via Bacenjud (id 7743946 - Pág. 10/11).

Por ocasião do indeferimento do pedido formulado pelo agravante de concessão da justiça gratuita, foi determinado o recolhimento das custas na agência bancária da Caixa Econômica Federal, a teor da Resolução nº 138/2017 da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de 06/07/2017, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de deserção (id 7853051).

Por sua vez, a parte recorrente em vez de cumprir o determinado, trazendo o pagamento em dobro das custas, assim não procedeu.

A par disso, transcrevo o teor do artigo 1007, §4º, do CPC:

Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

...

§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

...

§ 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

...

Assim, ante o não atendimento da determinação judicial, ainda que alertado das consequências, o recurso deve ser considerado deserto.

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, inciso III, do CPC, não conheço do recurso.

Intimem-se.

Após, remetam-se os autos à vara de origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029426-20.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - mlp-DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: FABRICA DE PAPEL E PAPELÃO NOSSA SENHORA DA PENHA SA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE PAULO DE CASTRO EMSENHUBER - SP72400
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FÁBRICA DE PAPEL E PAPELÃO NOSSA SENHORA DA PENHA S.A. contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar, cujo objeto era suspensão da exigibilidade dos apontamentos referentes às competências de julho/2018 e agosto/2018, relativamente às compensações realizadas através da Declaração de Compensação do Anexo IV, da Instrução Normativa IN/RFB nº 1.717/2017 e controladas nos Processos Administrativos nº 13840.720212/2018-02 e 13840.720229/2018-51.

A agravante narra que o magistrado indeferiu o seu pedido ao fundamento de que a suspensão da exigibilidade dos créditos elencados em seu Relatório de Situação Fiscal, o que exigiria encontro de contas entre os valores a serem compensados (créditos) e os débitos que possui junto à Receita Federal, cabendo a esta, tal apuração.

Destaca que a decisão agravada deixou de analisar corretamente os fundamentos fáticos e jurídicos do direito líquido e certo da matéria e misturou elementos próprios da extinção do crédito tributário (art. 156, do CTN) com os de sua simples suspensão (artigo 151, IV, do CTN), bem como pautou sua negativa na suposta ausência de formulação do próprio pedido principal da ação originária (possibilidade ou não da apresentação das declarações de compensação via requerimento em papel).

Afirma que na exordial da ação mandamental não busca no pedido liminar a homologação da compensação ou “encontro de contas” ou mesmo a “possibilidade ou não de apresentação das declarações via requerimento em papel”, mas sim a suspensão da exigibilidade dos apontamentos em seu Relatório de Situação Fiscal para fins de renovação de sua CND até final decisão a ser proferida nos autos da ação principal (artigo 151, inciso IV, do CTN).

Alega que a “possibilidade ou não da apresentação das declarações de compensação via requerimento em papel” corresponde ao próprio pedido principal formulado no mandado de segurança, não constituindo objeto de análise do pedido liminar ora debatido.

Informa que não formulou pedido de liminar satisfativa (pautado na possibilidade ou não de apresentação das declarações de compensação via requerimento em papel), mas sim simples suspensão da exigibilidade dos apontamentos em seu Relatório de Situação Fiscal para renovação de sua certidão positiva com efeitos de negativa, o que efetivamente não demanda “encontro de contas”.

Anota que o pedido liminar não pode ser confundido com o pedido principal formulado, vez que para a concessão da liminar é necessária apenas a existência conjunta do receio de ineficácia da medida (perigo de dano) e do fundamento relevante (probabilidade do direito).

Entende que para a suspensão da exigibilidade dos apontamentos presentes no Relatório de Situação Fiscal não há a necessidade de “encontro de contas” dos créditos de COFINS com os débitos dos demais tributos compensados, vez que esta análise decorre da extinção do crédito tributário (artigo 156 do CTN) que efetivamente não faz parte do pedido liminar.

Salienta que o MM. Juízo “a quo” reconheceu o seu direito líquido e certo, vez que destacou a aparente ilegalidade do ato coator impugnado diante da inexistência de óbice para compensação mediante formulário, ante a inexistência de outro meio possível.

Lembra que o ato coator objeto do mandado de segurança considerou não declarada a compensação realizada na forma do anexo IV, da IN/RFB nº 1.717/2017, em razão da ausência de apresentação do Pedido de Habilitação de Crédito Decorrente de Decisão Judicial Transitada em Julgado (Anexo V da IN/RFB nº 1.717/2017 e não utilização do programa PER/DCOMP para formular o pedido.

Adverte que ao optar pela compensação administrativa estaria obrigatoriamente vinculada à realização de prévio Pedido de Habilitação de Crédito Decorrente de Decisão Judicial Transitada em Julgado e posterior transmissão de PER/COMP (artigo 65 da IN), cuja ausência de adoção implicaria em não conhecimento da compensação.

Ressalta que o correto enquadramento jurídico em que se encontra e o respectivo plexo normativo que rege seus atos confirma e valida a aplicação do procedimento excepcional previsto no artigo 165, § 1º, da IN nº 1.717/2017 (utilização da Declaração de Compensação do Anexo IV).

Assinala que o fato da ação judicial correlata não possuir trânsito em julgado impossibilita o preenchimento e transmissão dos procedimentos de habilitação de crédito e PER/DCOMP, conforme exigido pela Autoridade Fiscal.

Argumenta que a declaração de compensação realizada nos termos do anexo IV da IN/RFB nº 1.717/17, decorre da decisão judicial proferida pela 4ª Turma desta Corte nos autos do mandado de segurança nº 0007949-74.2000.4.03.6105, a qual afastou o ato coator pautado na exigência de inclusão ICMS na base de cálculo da COFINS e autorizou expressamente a compensação dos valores indevidamente recolhidos antes mesmo do trânsito em julgado em razão da distribuição do feito em 27/06/2000 (ou seja, anteriormente à inclusão do artigo 170-A no Código Tributário Nacional).

Sustenta que não existia à época qualquer imposição de prévia habilitação de crédito (decorrente de decisão transitada em julgado) e de transmissão da PER/DCOMP, o que conseqüentemente afasta sua aplicação no presente caso.

Esclarece que, com respaldo na decisão judicial e em atenção às normas vigentes à época dos pagamentos indevidos (simples “requerimento do contribuinte”), que se conciliam com a aplicação da excepcionalidade prevista na IN nº 1.717/17 (utilização do Formulário do Anexo IV), realizou a compensação do crédito da COFINS com a apresentação da DCOMP e indicação na respectiva DCTF da competência atinentes aos débitos compensados, indicando as informações dos processos administrativos correlatos no campo próprio de “compensação”.

Relata que não seria possível a compensação mediante transmissão da PER/DCOMP em razão da trava no sistema quanto ao campo “decisão judicial transitada em julgado” que é obrigatório para preenchimento.

Explica que feita a compensação por meio da Declaração prevista no Anexo IV da IN/RFB nº 1717/2017, para sua surpresa, se deparou com a imediata indicação de pendências para a competência de julho/2018 e agosto/2018 decorrentes das compensações realizadas via DCTF em seu Relatório de Situação Fiscal, o que impede a renovação de sua certidão positiva com efeitos de negativa.

Aduz que não buscou afastar a aplicação da Instrução Normativa nº 1.717/2017 para a realizar o procedimento de compensação do crédito em análise.

Alerta que tentou realizar a compensação pela regra estabelecida na IN nº 1.717/2017, mas em face da ausência de previsão expressa para a situação tratada e verdadeira trava no sistema (impossibilidade de transmissão sem preenchimento do campo “data de trânsito em julgado”), utilizou a única alternativa possível e que possui previsão expressa na própria Instrução Normativa.

Menciona que, de acordo com o artigo 165, § 1º, da Instrução Normativa nº 1.717/2017, a possibilidade de utilização da Declaração de compensação prevista em seu anexo IV ocorre em caso de ausência de previsão da hipótese de compensação realizada e de falha no programa que impeça a compensação.

Pontua que as compensações realizadas possuem clara e inequívoca natureza de excepcionalidade pois a norma e tratamento jurídico aplicáveis não se adequam à realidade da regra impositiva de prévia Habilitação de Crédito e transmissão de PER/DCOMP, mas sim à Declaração de Compensação no Anexo V da mesma IN/RFB nº 1.717/2017.

Atesta que o procedimento adotada através da entrega das Declarações de Compensação nos moldes do Anexo IV da IN nº 1.717/2017 se deu de forma muito mais completa e juridicamente válida do que seria pela simples Habilitação de Crédito.

Cientifica que os apontamentos em questão impedem a renovação da certidão de regularidade fiscal, bem como a regular prática de sua atividade social, vez que se encontra impossibilitada de celebrar contratos e acordos financeiros com fornecedores e instituições financeiras e também investimentos e parceiras público-privadas para impulsionar seus negócios.

Afirma que o tema em questão foi julgado definitivamente pelo C. Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 574.706, que asseverou que não pode, de forma alguma, ser indevidamente restringido diante da não aplicação do procedimento excepcional do artigo 165 c/c Anexo IV da IN nº 1.717/2017 que se aplica perfeitamente ao contexto e enquadramento fático-jurídico dos autos originários.

Consigna que ficou demonstrada de forma clara a completa subsunção do procedimento excepcional de compensação previsto no artigo 165 c/c Anexo IV da IN nº 1.717/17 à situação narrada, pautada na não aplicação do artigo 170-A do CTN por previsão legal expressa.

Assevera que se encontram presentes os requisitos essenciais à concessão da liminar.

DECIDO

De acordo com o art. 294 do referido diploma legal, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

O art. 300 do CPC estabelece como requisitos para a tutela de urgência: a) a probabilidade ou plausibilidade do direito; e b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Esse artigo assim dispõe:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Depreende-se da leitura do artigo acima que se revela indispensável à entrega de provimento antecipatório não só a probabilidade do direito, mas também a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que esses requisitos devem ser satisfeitos cumulativamente.

Nesse contexto, permite-se inferir que o novo Código de Processo Civil, neste aspecto, não alterou as condições para deferimento de tutela antecipatória fundada em urgência (anterior art. 273, I, do CPC/73).

No caso concreto, não se encontram presentes os requisitos necessários ao deferimento da pretendida tutela.

A certidão de regularidade fiscal, haja vista ser documento público, deve retratar fielmente determinada situação jurídica. Dessarte, não pode constar a inexistência de débitos, quando na verdade estes existem, ainda que estejam sendo judicialmente discutidos.

A expedição da certidão de regularidade fiscal só se dará quando devidamente comprovada a quitação de determinado tributo (art. 205 c/c art. 206 do CTN), bem como nos casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, VI c/c 206 do CTN.

A certidão deve espelhar a realidade do fato certificado.

A expedição de certidão negativa de débito - CND ou certidão positiva com efeito de negativa, a quem efetivamente não esteja quite com a Fazenda Nacional, caracteriza falsa declaração sobre fato juridicamente relevante, atingindo a Administração na parte mais significativa de seu relacionamento com os administrados, consistente em fazer prevalecer a veracidade daquilo que atesta existir em seus arquivos.

A expedição da certidão negativa de débitos prevista no artigo 205 do CTN constitui ato administrativo vinculado, só podendo ser emitida quando em perfeita sintonia com os comandos normativos, ou seja, quando não existirem débitos por parte do contribuinte em relação à Fazenda Pública. Ausentes os pressupostos aptos a ensejarem sua emissão, não pode a autoridade administrativa expedi-la, sob pena de infringência à disposição legal.

Com efeito, para a obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, dispõe o artigo 206 do CTN, que os créditos devem estar não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

In casu, em que pese os argumentos expedidos pelo agravante de que os débitos não podem ser óbices à expedição da CND, é certo que o relatório indica a existência de débitos/pendência na Receita Federal, não se podendo aferir se estes débitos serão compensados com o suposto crédito, ante a ausência pelo Fisco.

Ademais, mister salientar que a concessão de tutela de urgência tem alcance extraordinário, de modo a atuar apenas em situações de evidente ilegalidade ou na presença de entendimento jurisprudencial dominante que possa comprometer pretensão com substancial plausibilidade e risco efetivo do perecimento de direito imbuído de higidez, inócurrenente no caso concreto.

Transcrevo trecho da bem lançada decisão agravada:

“...

Friso que o despacho decisório impugnado não faz qualquer menção à suficiência ou não dos créditos, visto que os valores sequer chegaram a ser analisados. De se ver, portanto, que a única ilegalidade que se vislumbra do ato impugnado pela impetrante é o aparente descumprimento pela autoridade coatora do quanto decidido no acórdão proferido pela 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região nos autos nº 0007949-74.2000.4.03.6105/SP, pois, se lhe fora possibilitada naqueles autos a compensação antes do trânsito em julgado, não haveria óbice à apresentação do pedido por meio de formulário de papel, ante a ausência de outro meio possível. Ocorre que a impetrante não direcionou seu pedido liminar à possibilidade ou não da apresentação das declarações de compensação via requerimento em papel. Pleiteou, ao invés disso, a suspensão da exigibilidade dos créditos elencados em seu Relatório de Situação Fiscal, o que exigiria encontro de contas entre os valores a serem compensados (créditos) e os débitos que a impetrante possui junto à Receita Federal, cabendo a esta tal apuração. Assim, como ainda não houve manifestação do impetrado acerca do pedido de compensação, - notadamente sobre a regularidade e suficiência dos valores para a quitação integral do débito -, pois nem chegou a recebê-lo, não há como deferir o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, à míngua da comprovação de seu direito líquido e certo a amparar a medida liminar requerida nesta estreita via mandamental. Ausente a relevância dos fundamentos da impetração, desnecessário perquirir acerca do periculum in mora. Posto isto, INDEFIRO a liminar.

...”

Ante o exposto, indefiro a antecipação da tutela.

Intime-se a agravada para, querendo, oferecer contraminuta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

Oficie-se ao juiz "a quo" dando ciência desta decisão.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5001673-16.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: INTERFOOD IMPORTACAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO AUGUSTO RAMOZZI CHIAROTTINO - SP174894, THIAGO VINICIUS CAPELLA GIANNATTASIO - SP313000

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 132815) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, apensem-se aos autos da AMS 5000611-72.2016.4.03.6114, que se encontram nesta corte para julgamento e tornem conclusos.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5025899-30.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: ASSOCIACAO SAUDE DA FAMILIA, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LEANDRO MAURO MUNHOZ - SP221674

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ASSOCIACAO SAUDE DA FAMILIA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MAURO MUNHOZ - SP221674

DESPACHO

Recebo as apelações interpostas pela parte autora (Id 1530150 - fls. 44/50 e Id 1530151 - fl. 1) e pela União (fazenda nacional) (Id 1530151 - fls. 27/49) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002230-45.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AMWAY DO BRASIL LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A, DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP2384340A, MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A

DESPACHO

Recebo a apelação (Id 3486707) apenas no efeito devolutivo, ante a sentença que concedeu a segurança pleiteada, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei nº 12.016/09.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (51012) Nº 5029354-33.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

RECORRENTE: AYANN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., CHAPELCO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., GANESH EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., NAIDIA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., ONYX 2006 PARTICIPACOES LTDA., PAPANICOLS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., PENINSULA CAPITAL PARTICIPACOES S.A., PENINSULA PARTICIPACOES S.A., RECO. MASTER EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES S.A., SANTA JULIANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., ZABALETA PARTICIPACOES LTDA., PAIC PARTICIPACOES LTDA, PLENAE COMERCIO E SERVICOS PARA O BEM-ESTAR EIRELI

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

Advogado do(a) RECORRENTE: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A

RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Requerimento efetuado por AYANN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e outras com o objetivo de que seja atribuído efeito suspensivo à apelação apresentada contra a sentença que, na ação mandamental nº 5018338-18.2018.4.03.6100, extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil e rejeitou os embargos de declaração opostos. Pleiteiam, ainda, seja concedida a antecipação da tutela recursal, ao argumento de que se encontram presentes a verossimilhança das alegações recursais e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Relatam que impetraram o *writ* com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de realizarem compensação dos seus créditos com débitos relativos às antecipações mensais de IRPJ e CSLL calculadas com base na receita bruta ou via balancete mensal de suspensão e redução, afastando-se a vedação do art. 74, § 3º, IX, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 13.670/18. Processado o feito, sobreveio a sentença que o extinguiu, ao fundamento de não ser o mandado de segurança a via processual adequada para o pleito pretendido pelas requerentes, pois, no caso em exame, tratar-se-ia da utilização do *mandamus* como sucedâneo da ação de cobrança, cuja hipótese é vedada pela Súmula nº 269/STF (“O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”). Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados. Em prol de sua pretensão, argumentam que a sentença de extinção contraria o acervo fático-jurídico dos autos e o entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

É o relatório. Decido.

Pretendem as peticionárias a atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença extintiva em mandado de segurança, bem como a antecipação da tutela recursal. Sobre a atribuição do efeito almejado, dispõe o § 3º do artigo 14 da Lei nº 12.016/09:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...]

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o apelo interposto em sede de mandado de segurança tem efeito apenas devolutivo (seja interposto contra sentença concessiva ou denegatória da ordem), salvo a situação em que presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. A respeito, há diversos precedentes no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1273527/MT, 2011/0141758-3, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, Julg.: 12/06/2012, v.u., DJe 18/06/2012; AgRg no Ag 1316482/SP, 2010/0101829-1, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 2ª Turma, Julg.: 03/05/2012, v.u., DJe 18/05/2012).

Tal entendimento coaduna-se com o que preceitua o parágrafo 4º do artigo 1.012 do CPC, o qual prevê a hipótese de suspensão de decisões até pronunciamento definitivo, nas situações que possam gerar lesão grave e de difícil reparação e em que há fundamentação relevante, nos seguintes termos:

"Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo .

§ 1º. Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após sua publicação a sentença que:

I- homologa a divisão de terras;

(...)

§ 4º. Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade do provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação."

Assim, a atribuição do efeito suspensivo desejado é excepcional e depende da caracterização dos requisitos mencionados. No caso dos autos, entretanto, verifico que tal medida em nada beneficiaria as apelantes, pois, não concedida a liminar requerida, já que extinto o feito sem resolução do mérito, nenhum resultado prático adviria da suspensão dos efeitos da sentença apelada.

Quanto ao pedido de antecipação da tutela recursal, inviável sua apreciação, porquanto, não configurada a relação processual, uma vez que não citada a autoridade impetrada, inaplicável o §3º do artigo 1.013, do CPC.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo à apelação, bem como a antecipação de tutela requerida.

Publique-se.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028425-97.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: INPAR - AGRA - PROJETO RESIDENCIAL AMERICA SPE LTDA, INPAR PROJETO RESIDENCIAL CONDOMINIO EREDITA SPE LTDA., PROJETO IMOBILIARIO SPORTS GARDEN BATISTA CAMPOS SPE 61 LTDA., PROJETO RESIDENCIAL MARINE HOME RESORT SPE 66 LTDA, INPAR PROJETO 87 SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, PROJETO IMOBILIARIO BARRA BALI SPE 99 LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, PROJETO IMOBILIARIO SPE 46 LTDA., INPAR - AGRA - PROJETO RESIDENCIAL SANTO AMARO SPE LTDA, INPAR PROJETO RESIDENCIAL CONDOMINIO WELLNESS RESORT SPE 42 LTDA., INPAR PROJETO 111 SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO WAVE SPE LTDA., PROJETO IMOBILIARIO VIVER ANANINDEUA SPE 40 LTDA., PROJETO IMOBILIARIO VIVER CASTANHEIRA SPE 85 LTDA, VIVER VENDAS LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL SPORTS GARDEN LESTE SPE LTDA., PROJETO IMOBILIARIO RESIDENCIAL VIVER BOSQUE SJP SPE 91 LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VENANCIO ALVES SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO UNIQUE SPE 93 LTDA, INPAR PROJETO 79 SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO RESIDENCIAL QUATRO ESTACOES LTDA., INPAR PROJETO SAMOA SPE 75 LTDA., INPAR PROJETO 105 SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, PROJETO IMOBILIARIO CONDOMINIO PARK PLAZA SPE 52 LTDA., INPAR - PROJETO RESIDENCIAL VON SCHILGEN SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO RESIDENCIAL NOVA LIMA SPE LTDA., PLARCON INCORPORACOES IMOBILIARIAS S/A, INPAR PROJETO RESIDENCIAL CALOGERO CALIA SPE LTDA., INPAR PROJETO RESIDENCIAL VIVER MOOCA SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO RESIDENCIAL RIO CLARO VILLAGE SPE 67 LTDA, PROJETO IMOBILIARIO RESIDENCIAL VIVER RESERVA SPE 127 LTDA, INPAR PROJETO 44 SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO 90 SPE LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL, INPAR PROJETO RESIDENCIAL VIVER MORUMBI SPE LTDA., INPAR PROJETO 71 SPE LTDA., PROJETO IMOBILIARIO SPE 65 LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A
Advogados do(a) AGRAVADO: AURELIO LONGO GUERZONI - SP316073-A, BRUNO BARUEL ROCHA - SP206581-A

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu o pedido para que os depósitos judiciais vinculados ao feito sejam transformados em pagamento definitivo da União, com a consequente alocação das respectivas prestações ao PERT.

Alega a agravante, em síntese, que os depósitos judiciais estão vinculados ao resultado final da presente demanda e não meramente à tutela de urgência. Sustenta, ademais, que o depósito judicial só pode ser convertido em renda da União, ou devolvido ao contribuinte, após o trânsito em julgado da sentença. Por fim, alega que o restabelecimento da exigibilidade dos créditos tributários não implica a possibilidade, sem a prévia desistência da ação, de aproveitamento dos depósitos pelo contribuinte para amortizar saldo de parcelamento. Requer seja atribuído efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

É o caso dos autos.

O art. 155-A, do Código Tributário Nacional, estabelece que o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

Por se tratar de favor fiscal e por não existir obrigatoriedade em sua adesão por parte do contribuinte, o optante pelo instituto deve seguir rigorosamente todas as determinações legais.

A adesão é faculdade conferida à pessoa jurídica, cujo exercício exige a confissão irrevogável dos débitos e a aceitação plena e irretroatável de todas as condições estabelecidas no programa. Em outras palavras, o contribuinte aderente deve se adequar aos requisitos e exigências previamente estabelecidos na legislação de regência do parcelamento.

De acordo com o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário. Se o pagamento por parte do contribuinte ou a transformação do depósito em pagamento definitivo por ordem judicial (art. 1º, §3º, II, da Lei n. 9.703/98) somente ocorre depois de encerrada a lide, o crédito tributário tem vida após o trânsito em julgado que o confirma. Neste sentido: REsp 1251513/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 17/08/2011.

Para o que interessa ao caso em tela, a Lei 13.496/2016, que institui o PERT, dispõe que:

Art. 5o Para incluir no Pert débitos que se encontrem em discussão administrativa ou judicial, o sujeito passivo deverá desistir previamente das impugnações ou dos recursos administrativos e das ações judiciais que tenham por objeto os débitos que serão quitados e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as referidas impugnações e recursos ou ações judiciais, e protocolar, no caso de ações judiciais, requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos da alínea c do inciso III do caput do art. 487 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Art. 6o Os depósitos vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados serão automaticamente transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União.

[...]

§ 4o Na hipótese de depósito judicial, o disposto no caput deste artigo somente se aplica aos casos em que tenha ocorrido desistência da ação ou do recurso e renúncia a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação.

Nestes termos, entende-se, em sede de exame sumário, que a transformação dos depósitos em pagamento definitivo da União, nos termos em que determinado pela r. decisão recorrida, não pode prosperar.

Tem-se, ainda, que a desistência da ação é medida essencial ao aproveitamento dos depósitos efetuados.

No mais, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, a agravante vê inviabilizado seu direito de cobrar o valor que entende devido.

Ante o exposto, **defiro o efeito suspensivo**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Tendo em vista que a parte agravada já apresentou contraminuta (Doc. ID 7941714), após intimação desta, retornem os autos à conclusão.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031328-08.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: AYRTON PERRONI ALBA

Advogado do(a) AGRAVANTE: AYRTON PERRONI ALBA - SP357819

AGRAVADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCAO DE SAO PAULO

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por AYRTON PERRONI ALBA em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar que visava limitar o valor da anuidade a ser paga à ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO SÃO PAULO ao valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Alega o agravante, em síntese, ser a lei 12.514/11 plenamente aplicável à agravada. Sustenta, ademais, que a não aplicação desta lei à contribuição anual dos advogados impede a real liberdade de profissão preconizada na Constituição Federal, bem como fere a legalidade, vez que não cria critérios ou limites para que a OAB institua tal contribuição. Requer seja deferido pedido liminar, limitando o valor da anuidade cobrada pela agravada ao valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Novo Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e se ficar demonstrada a probabilidade de provimento de recurso.

Não é o caso dos autos.

A Lei nº 12.514/11 dispõe:

"Art. 5º O fato gerador das anuidades é a existência de inscrição no conselho, ainda que por tempo limitado, ao longo do exercício.

Art. 6º As anuidades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

II - para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e

III - para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos:

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais);

b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais);

c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais);

d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais);

g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

§ 1º Os valores das anuidades serão reajustados de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou pelo índice oficial que venha a substituí-lo.

§ 2º O valor exato da anuidade, o desconto para profissionais recém-inscritos, os critérios de isenção para profissionais, as regras de recuperação de créditos, as regras de parcelamento, garantido o mínimo de 5 (cinco) vezes, e a concessão de descontos para pagamento antecipado ou à vista, serão estabelecidos pelos respectivos conselhos federais.

Art. 7º Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional."

Realmente, da aplicação conjunta dos dispositivos elencados, fica vedado aos conselhos, cujos integrantes sejam profissionais de nível superior, executar dívidas de valor inferior ou igual a R\$ 2.000,00, sendo-lhes facultado deixar de ajuizar valores iguais ou inferiores a R\$ 5.000,00.

Contudo, é inaplicável a norma inserta à questão, pois a híbrida natureza da Ordem dos Advogados do Brasil impede que se lhe apliquem todas as disposições atinentes aos conselhos de fiscalização das profissões.

Realmente, os créditos de anuidades devidas pelos filiados à OAB não são considerados sequer dívida ativa, de forma que a execução por título extrajudicial intentada para sua cobrança não é considerada execução fiscal.

Ademais, o Estatuto do Advogado, lei especial que disciplina o exercício dessa função essencial à Justiça, afasta a aplicação de normas comuns aos Conselhos de Fiscalização do exercício profissional. Desse modo, o artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994 afasta a incidência *in casu* das disposições contidas na Lei nº 12.541/11.

Realmente, ao que se infere do explanado, inaplicável a Lei nº 12.514/2011 aos procedimentos de cobrança das contribuições à Ordem dos Advogados do Brasil.

Ausente o *fumus boni iuris*, dispensa-se a análise do *periculum in mora*.

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

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013549-10.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO JARDIM VILA CARRAO LTDA

Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, em face da r. sentença que concedeu a segurança, para reconhecer o direito da impetrante de não incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconheceu o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária e os juros em consonância com o que disposto no Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

A União Federal requer a suspensão do processo até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE n.º 574.706/PR, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento de tal extraordinário, ante a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão embargada. Assevera quanto à legalidade e à constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ressaltando os conceitos de receita bruta e faturamento. No que tange a compensação, alega a ausência de liquidez do crédito, ausência de documentos comprobatórios e necessidade de utilização de procedimento administrativo. Protesta pela observação do que disposto no artigo 170-A do CTN.

Com contrarrazões.

O representante do Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

DECIDO

Anote-se, de início, que descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE n.º 574.706/PR, ou, até o julgamento final de tal extraordinário. Cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE 1004609; RE nº 939.742/RS; RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP e RE 1017483/SC.

Pois bem.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS:

Restou então consignado o Tema 069 nos seguintes termos: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*".

Assim, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Assinalo que, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado.

Com relação à comprovação do indébito, consoante entendimento firmado pelo STJ no AgRg no RMS 39.625/MG e AgRg no AREsp 481.981/PE, tratando-se de pedido de compensação do indébito, basta a comprovação da condição de contribuinte.

No caso concreto, a impetrante comprovou a condição de contribuinte (Id. 6815876/6815878).

Anote-se que, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão apresentados, por ocasião da efetiva compensação, cabendo ao Fisco, no momento oportuno, proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a forma de apuração, a dedução de eventuais estornos, a exatidão dos valores, os documentos comprobatórios e o *quantum* a ser repetido.

Configurado o indébito fiscal, passo à análise do pedido de compensação.

Anote-se que a nossa jurisprudência já se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, conforme o enunciado 213 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalto que o regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

O presente mandado de segurança foi impetrado em 30/08/2017, portanto na vigência da LC 104/91 e da Lei 10.637/2002.

Pois bem.

O art. 74 da Lei 9.430/1996 - alterado pela Lei 10.637/2002 - autorizou o sujeito passivo a apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, e utilizá-lo *na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão*.

Entretanto, o parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007 previu, expressamente, que o disposto no referido art. 74 da Lei 9.430/1996 *não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º da Lei 11.457/2007*, ou seja, àquelas previstas nas alíneas *a, b e c* do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991, *in verbis*:

“Constituem contribuições sociais:

- a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;*
- b) as dos empregadores domésticos;*
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário de contribuição.”*

Logo, possível a compensação com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 11.457/2007.

Desnecessário, todavia, o prévio requerimento administrativo.

A compensação, por seu turno, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Ressalto que não foi atribuída à decisão efeitos não retroativos ou prospectivos, sendo certo que, tendo o STF concluído que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, a decisão, por sua natureza, possui efeitos retroativos, devendo-se considerar como indevidos todos os pagamentos efetuados a maior com a referida inclusão, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, admitindo-se como restrição tão-somente a prescrição quinquenal.

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, V, "b", do CPC/2015, dou parcial provimento à remessa necessária, para que a compensação se dê com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, nos termos do parágrafo único, do artigo 26, da Lei nº 11.457/2007, bem como dou parcial provimento à apelação da União Federal, para que seja observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, consoante fundamentação.

Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei 12.016/2009.

Custas *ex lege*.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

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

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007841-43.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: PRINT CONSTRUCOES E PINTURA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ GUSTAVO TORTOL - SP288807-N
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento interposto por Print Construções e Pintura Ltda e outros contra decisão que indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita ao fundamento de que não se pode presumir o estado de miserabilidade jurídica pela simples quebra.

Intimação da agravada, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil. (Id. 824844).

Enquanto se aguardava o julgamento do recurso, sobreveio a prolação de sentença, conforme se verifica de informações da rede mundial de computadores.

É o relatório. Decido.

O agravo está prejudicado, pois o decisum interlocutório restou absorvido pela sentença, eis que prolatada em cognição exauriente, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça (EAREsp 488.188/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015).

À vista do exposto, declaro prejudicado o agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, ante a superveniente perda do objeto.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, archive-se.

APELAÇÃO (198) Nº 5027727-61.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PACCINI & CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANA CLAUDIA BRESSIANI - SC33128-A

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, visando a reforma da r. sentença que julgou procedente a ação, para assegurar o direito de recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão do ICMS nas suas bases de cálculo, bem como o direito de compensar, observada as regras legais e infralegais relativas a este instituto, ou, restituir, após o trânsito em julgado, os valores recolhidos indevidamente no período do quinquênio que antecedeu o ajuizamento desta ação, atualizados pela SELIC.

A União Federal requer, em preliminar, a suspensão do feito até o julgamento final do RE nº 574.706/PR, ante a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no referido RE. No tocante ao mérito, assevera quanto à legalidade e à constitucionalidade da inclusão do ICMS na composição da base de cálculo do PIS e da COFINS, com vista nos conceitos de faturamento e receita bruta. Afirma que o ICMS configura parcela indissociável do preço, que entra no patrimônio do vendedor, bem como que o valor da exação não corresponde, em regra, ao valor a ser recolhido. Assegura que não há na ordem jurídica constitucional norma que impeça a incidência de tributo sobre tributo. Requer a reforma da sentença.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Anote-se, de início, que descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE 1004609; RE nº 939.742/RS; RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC.

Pois bem.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

O tema 069 ficou assim consignado: "*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*".

Assim, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Assinalo que, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado.

Com relação à comprovação do indébito, consoante entendimento firmado pelo STJ no AgRg no RMS 39.625/MG e AgRg no AREsp 481.981/PE, tratando-se de pedido de compensação do indébito, basta a comprovação da condição de contribuinte.

No caso concreto, a impetrante comprovou a condição de contribuinte (Id. 4226486; 4226496).

Anote-se que, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão apresentados, por ocasião da efetiva compensação, cabendo ao Fisco, no momento oportuno, proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a forma de apuração, a dedução de eventuais estornos, a exatidão dos valores, os documentos comprobatórios e o *quantum* a ser repetido.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, IV, "b", do CPC/2015, nego provimento à apelação da União Federal, consoante fundamentação.

Custas *ex lege*.

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

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001506-42.2016.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: IZAURA VALERIO AZEVEDO
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARA LIDIA SALGADO DE FREITAS - SP112754
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (8109311 - Embargos de Declaração)** para que IZAURA VALERIO AZEVEDO , ora embargado , querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC) .

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO (198) Nº 5000447-09.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: AVIBRAS DIVISAO AEREA E NAVAL S/A, AVIBRAS INDUSTRIA AEROESPACIAL S A
Advogados do(a) APELANTE: BRUNO FAJERSZTAJN - SP206899-A, HENRIQUE COUTINHO DE SOUZA - SP257391-A
Advogados do(a) APELANTE: BRUNO FAJERSZTAJN - SP206899-A, HENRIQUE COUTINHO DE SOUZA - SP257391-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (9990252 - Embargos de Declaração)** para que o Polo ativo, ora embargado , querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC) .

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013943-81.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AGRAVANTE: RMPC INFORMATICA LTDA, CARLOS ANISIO CRUZ DE BRITO LYRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: IDAILDA APARECIDA GOMES - SP282610
Advogado do(a) AGRAVANTE: IDAILDA APARECIDA GOMES - SP282610
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço **abertura de vista (8167218 - Embargos de Declaração)** para que o Polo ativo, ora embargado , querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031198-18.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO

PACIENTE: RONALDO ANTONIO DE CARVALHO

IMPETRANTE: DONIZETE APARECIDO LAMBOIA

Advogado do(a) PACIENTE: DONIZETE APARECIDO LAMBOIA - MS9638

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 5ª VARA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Donizete Aparecido Lamboia em favor de **RONALDO ANTONIO DE CARVALHO**, contra ato do Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Campo Grande/MS nos autos do processo nº 0001992-86.2018.4.03.6000, objetivando a revogação da prisão preventiva mantida na sentença.

Sustenta o impetrante, em síntese, que:

a) o Paciente teve prisão preventiva decretada em 21/08/2018, pelo descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, havendo indícios de ter praticado infração penal da mesma natureza enquanto vigentes obrigações cautelares, com a presunção de que, em liberdade, praticará fatos semelhantes, em prejuízo à ordem pública;

b) o feito foi sentenciado e o paciente condenado a pena definitiva em 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 105 (cento e cinco) dias-multa, em regime inicial semiaberto. Nos termos do art. 44, § 2º do CP, as penas privativas de liberdade foram substituídas por uma restritiva de direitos em ralação ao delito previsto no art. 334, caput, do Código Penal e duas restritivas de direitos quanto ao crime previsto no artigo 15 da Lei nº 7.802/1989 (art.44, § 2º, do CP), quais sejam, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (art.46 do CP) e prestação pecuniária (artigos 43, I e 45, § 1º do CP), entretanto, negado ao paciente e direito de apelar em liberdade sob a alegação de que as razões que justificaram a decretação da prisão cautelar permanecem inalteradas;

c) o sistema constitucional pátrio reconheceu, no art. 5º, incisos LVII, LXI e LXVI, da CRFB/88, o princípio da presunção de inocência, de modo que o cerceamento ao direito fundamental à liberdade através da prisão só é admissível dentro dos estritos limites da juridicidade e, como regra, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, é regra o direito do acusado apelar em liberdade, sendo que a manutenção da prisão na sentença deve ser devidamente fundamentada, o que não ocorreu;

d) tornar automática a prisão provisória, constitui execução antecipada da pena, o que afronta os princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana;

Requer, assim, seja deferida medida liminar para se determinar, de imediato, a concessão do direito do paciente de recorrer em liberdade, ou, subsidiariamente, determinar ao Coordenador da Secretaria de Administração Penitenciária a transferência do condenado para Rua Dom Aquino nº 110 – Bairro Amambaí - CEP: 79008-070 – Campo Grande/MS. (estabelecimento prisional compatível com o regime fixado na sentença, no prazo de 48 horas, sob pena de responsabilização pessoal.

Foram juntados aos autos documentos.

É o relatório.

DECIDO

Os elementos dos autos indicam estar configurado o alegado constrangimento ilegal.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

De início cabe ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Convém salientar, contudo, que a presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao paciente uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 21/08/2018, na cidade de Campo Grande/MS, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 56 da Lei 9.605/98 e art. 334, *caput*, do Código Penal, transportando carregamento de agrotóxicos e mercadoria de origem estrangeira, sem documentação comprobatória da regular importação e do pagamento de tributos incidentes na importação, sendo que receberia R\$ 5.000,00 pelo serviço.

O paciente foi condenado à pena definitiva, em concurso material, de 03 (três) anos e 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 105 dias-multa, em regime inicial semiaberto, como incurso nos artigos 334, *caput*, do Código Penal e art. 15, da Lei nº 7.802/89, na forma da segunda parte do art. 70, do Código Penal, sendo que a pena foi substituída por duas restritivas de direito, sendo-lhe negado, contudo, o direito de recorrer em liberdade nos seguintes termos:

O acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, em decorrência da conversão de sua prisão em flagrante em preventiva, e não poderá apelar em liberdade, vez que inalteradas as razões que justifiquem a decretação de sua prisão cautelar. (...)

De início, observe-se que uma vez comprovada a existência delitiva, os indícios suficientes de autoria e a presença dos requisitos previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, é possível manter-se a prisão preventiva, com o objetivo de garantir-se a ordem pública, a ordem econômica ou assegurar-se a aplicação da lei penal, mesmo depois de sentenciado o feito.

Nesse particular, a sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, desde que adstrita aos fundamentos já lançados nos autos, não implica qualquer prejuízo à defesa do acusado.

No entanto, observo que os elementos dos autos indicam que o paciente, condenado pelo Juízo de primeiro grau a penas inferiores a 4 (quatro) anos de reclusão por crimes cometidos sem violência, foi beneficiado com a substituição da pena privativa que lhe foi imposta por três penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e prestação pecuniária (cfr. ID n. 10327263).

Vale destacar que o juiz processante escolheu a pena restritiva por entender que seria a adequada para a prevenção e reprovação do crime, de acordo com o perfil criminológico do apenado, analisado com as informações e ações que tinham registradas nos autos até aquele momento.

Assim, substituída a pena privativa de liberdade pelo juízo sentenciante à pena restritiva de direitos, não subsiste razão para a manutenção da prisão preventiva do paciente, por se mostrar a medida cautelar muito mais gravosa do que a própria pena imposta, mesmo que ainda pendente de recurso das partes, evidenciando notória desproporcionalidade sob a ótica do binômio necessidade/adequação, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11.

Ante o exposto, **DEFIRO o pedido liminar** para assegurar ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Comunique-se a autoridade impetrada do teor desta decisão para cumprimento e para que preste as informações.

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

Comunique-se. Intimem-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5030349-46.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES.

PACIENTE: ALEXANDRE OLIVEIRA DA SILVA

IMPETRANTE: JORCASTA CAETANO BRAGA

Advogado do(a) PACIENTE: JORCASTA CAETANO BRAGA - SP297262-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARATINGUETÁ/SP

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jorcasta Caetano Braga, em favor de ALEXANDRE OLIVEIRA DA SILVA, contra ato imputado ao Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Guaratinguetá/SP.

Aduz a impetrante, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante pela prática, em tese, do delito previsto no art. 289, §1º, do Código Penal.

Informa que a prisão preventiva do paciente foi revogada mediante o arbitramento de fiança no valor de R\$ 2.262,00, valor este que estaria muito além da sua capacidade financeira.

Sustenta que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, pois além de ser primário, possuir residência fixa, trabalho lícito e família constituída, não possui condições financeiras de arcar com o valor da fiança arbitrado, razão pela qual faria jus ao benefício da liberdade provisória sem o arbitramento de fiança.

Discorre sobre sua tese, junta jurisprudência que entende lhe favorecer e pede a concessão da liminar para que seja concedida a liberdade provisória sem o arbitramento de fiança, expedindo-se, *incontinenti*, o respectivo alvará de soltura. No mérito, requer a concessão da ordem, confirmando-se a liminar.

Em que pese o impetrante ter juntado aos autos diversos documentos, tais como: carteira de identidade (DI nº 8246335), carteira de trabalho (DI nº 8246336, nº 8246337 e nº 8246338), comprovantes de endereço (DI nº 8246339 e DI nº 8246340), bem como a decisão que homologou a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva (DI nº 8246341), não consta dos autos a decisão que teria revogado a prisão preventiva mediante o arbitramento de fiança.

Nesse diapasão, intimei o impetrante para que juntasse aos autos, no prazo de 72 horas, sob pena de indeferimento liminar, a decisão impugnada em que consta que foi deferida ao paciente a liberdade provisória mediante o arbitramento de fiança.

O impetrante, por sua vez, peticionou nos autos informando que o paciente conseguiu efetuar o pagamento da fiança, encontrando-se, no momento, em liberdade provisória (DI nº 10526363).

Vê-se, assim, que a pretensão deduzida no presente *writ* - revogação da prisão preventiva do paciente - já foi atendida pelo MM. Juízo "a quo", de modo que não remanesce qualquer interesse processual do impetrante no prosseguimento do feito.

Por tais razões, de rigor a extinção do presente *habeas corpus*, por falta de interesse processual superveniente, conforme se extrai da jurisprudência do C. STJ:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO. PECULATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. LIMINAR CONCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SEGREGAÇÃO REVOGADA. PERDA DE OBJETO. ORDEM PREJUDICADA. I. Hipótese em que o impetrante pugna pelo reconhecimento de constrangimento ilegal advindo da carência de fundamentos para a decretação de prisões preventivas do paciente, pleiteando a liberdade até o trânsito em julgado das ações penais respectivas. II. Verificada a revogação das prisões preventivas decretadas contra o paciente, ainda que por meio de deferimento de decisão liminar pelo relator de habeas corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, verifica-se a perda do objeto do presente mandamus. III. Ordem prejudicada. (STJ QUINTA TURMA HC 201001892812 HC - HABEAS CORPUS - 187657 GILSON DIPP)

Ante o exposto, extingo o presente writ pela perda superveniente do objeto.

Int.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031686-70.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO

IMPETRANTE: WILSON FERNANDO MAKSOUND RODRIGUES

PACIENTE: MERCELO JARCEM DE OLIVEIRA

Advogado do(a) IMPETRANTE: WILSON FERNANDO MAKSOUND RODRIGUES - MS14012

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 2ª VARA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Wilson Fernando Maksoud Rodrigues em favor de **Marcelo Jarcem de Oliveira**, para a revogação da prisão preventiva mantida contra o paciente nos autos nº 0001460-97.2018.403.6005, em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara em Ponta Porã/MS.

Alega o impetrante, em apertada síntese, que:

- a) constou do Auto de Prisão em Flagrante que em 07.12.18, por volta das 10hs da manhã na rua Calógeras, 180, centro, na residência do senhor Francisco Novaes Gimenez, o paciente estaria reunido com outras pessoas, com forte esquema de segurança e intenso material bélico;
- b) o paciente encontrava-se em referido local apenas por prestar serviços a Francisco Novaes Gimenez, pois presta serviços gerais em sua residência;
- c) **Marcelo Jarcem**, no momento de sua prisão em flagrante, estava a portar um revólver calibre .38 da marca Taurus, indústria brasileira, de sua propriedade, conforme esclarecido à Autoridade Policial e ao Juízo, por ocasião da audiência de custódia;
- d) não há nos autos elemento algum que indique que o paciente e as demais pessoas que se encontravam em referida residência estavam reunidos no intuito de realizar um ataque devido a uma suposta guerra entre facções criminosas da região;
- e) o Paciente é primário, ostenta bons antecedentes, tem ocupação lícita e endereços, residencial e comercial, conhecidos; além de possuir remuneração mensal de R\$1.200,00 (mil e duzentos reais);
- f) evidente o constrangimento ilegal imposto ao paciente, preso cautelarmente desde o dia 07.12.18, sem culpa formada e sem oferecer qualquer risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução processual ou mesmo à futura aplicação da lei penal, a concessão da presente ordem de habeas corpus, inclusive *in limine litis*, é medida que se impõe.

Requer o impetrante seja determinada a imediata soltura do Paciente, até final julgamento do presente *writ*, visto ser evidente o constrangimento ilegal a que está submetido; subsidiariamente, caso mantida a prisão preventiva do paciente, lhe seja deferido o pedido liminar alternativo de imposição de medida alternativa à prisão preventiva, nos termos do art. 319 do CPP, ou, se entender necessário, seja autorizada a conversão de prisão preventiva do paciente em prisão domiciliar, com ou sem monitoração eletrônica.

Alternativamente, caso mantida sua prisão preventiva, requer sua substituição pelas medidas acautelatórias de que tratam o artigo 319 do Código de Processo Penal.

Foram juntados documentos aos autos.

É o relatório.

DECIDO.

Pretende o impetrante, em apertada síntese, garantir a **Marcelo Jarcem de Oliveira**, o direito à revogação da prisão preventiva contra si determinada nos autos nº 0001460-97.2018.403.6005, em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara em Ponta Porã/MS.

Razão não assiste ao impetrante.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo actu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

No particular, observo que o paciente teve sua prisão em flagrante derivada da prática de delitos relacionados ao tráfico internacional de armas e organização criminosa (artigos 18 e 19 da Lei n. 10.826/03 e artigos 1º e 2º da Lei n. 12.850/13).

A ação policial de busca e apreensão na residência de Francisco Novaes Gimenez motivou a deflagração de Inquérito, cuja Portaria de instauração indica que o paciente e outras 10 (dez) pessoas foram indiciadas como incursores em crimes tipificados pela Lei n. 12.850/13 e pela Lei n. 10.826/03.

Observa-se da decisão, que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente, que, no dia dos fatos, **Marcelo Jarcem de Oliveira** estaria reunido com as já mencionadas pessoas em uma residência localizada na Rua Calógenas, 180, em Ponta Porã/MS, com forte esquema de vigilância e grande aparato bélico, já que, em seu interior foram apreendidas (ID n. 12205713):

- a) 8 (oito) veículos, dos quais 4 (quatro) aparentemente blindados;
- b) 1 (uma) pistola Glock G17, com 15 (quinze) munições;
- c) 1 (uma) pistola Glock19, *made in* Áustria, com 15 (quinze) munições;
- d) 1 (uma) pistola Glock, *made in* USA, com dois carregadores (um com 15 e um com 17 munições) e 1 (um) carregador estendido com 31 (trinta e uma) munições;
- e) 1 (uma) pistola Glock G19, *made in* USA, com 01 (um) carregador com 15 (quinze) munições e um carregador estendido com trinta munições;
- f) 1 (uma) pistola Glock G17, *made in* Austria, com carregador prolongador contendo 16 (dezesesseis) munições;
- g) 2 (dois) carregadores estendidos, um com 31 (trinta e uma) munições e outro vazio;
- h) 1(uma) pistola Glock G17, *made in* USA, com 2 (dois) carregadores contendo 17 (dezessete) munições cada;
- i) 1 (um) revólver Taurus TSB Sport-PY de calibre .38, acompanhado de 10 (dez) munições de calibre .38 e 4 (quatro) carregadores de Glock.

Foram, igualmente, encontrados US\$56.000,00 (cinquenta e seis mil dólares americanos).

Referidas apreensões indicam grande aparato em poder do paciente, que, inclusive, portava um revólver Tauros .38 (cfr. ID n.1205695), e os demais envolvidos na prática delitiva, o que indica integrarem organização criminosa com atuação na região de fronteira entre Brasil e Paraguai.

De fato, os elementos dos autos mostram-se suficientes para apontar fortes indícios de que o paciente **Marcelo Jarcem de Oliveira** integre organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas e armas. Com ramificações no Paraguai, o que indica potencial risco para, se solto, evada-se do País.

Conclui-se, pois, das informações constantes da impetração a existência de elementos indicativos da prática delitiva (*fumus comissi delicti*), consubstanciados na prova da materialidade e nos indícios suficientes de autoria.

É de se ressaltar que na ação constitucional de *habeas corpus*, a cognição é sumária, ou seja, não há fase instrutória, razão pela qual somente se admite o exame da prova pré-constituída que acompanha a impetração.

As diligências até o momento revelaram o poderio da organização.

Assim a manutenção da prisão do paciente foi considerada necessária para garantia da ordem pública, vez que se permanecesse solto, poderia voltar a desenvolver a atividade criminosa, considerando a pluralidade de agentes e o *modus operandi* do grupo criminoso que não tem a intenção de suspender suas atividades (cfr. ID n. 12205728).

Cuida-se, assim, de uma série de crimes graves, praticados por organização criminosa, cometido em pluralidade de agentes, que demonstraram a ousadia e periculosidade de seus autores a legitimar o decreto de prisão para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

De fato, a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo penal.

Enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores. Para a decretação da custódia cautelar, ou para a negativa de liberdade provisória, exigem-se indícios suficientes de autoria e não a prova cabal desta, o que somente poderá ser verificado em eventual decurso condenatório, após a devida instrução dos autos.

No particular, a manutenção da prisão do paciente encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade de armas e aparatos em poder das pessoas presas em flagrante (ID n. 12205728).

Nos termos do art. 312, caput, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Ademais, a comprovação de que o paciente é primário, possui residência fixa e ocupação lícita, preenchendo os requisitos subjetivos, não implica, necessariamente, na revogação da prisão preventiva ou liberdade condicionada ao pagamento de fiança se presentes as circunstâncias do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a pena máxima prevista para o crime estabelecido nos artigos 18 e 19 da Lei n. 10.826/03 e artigos 1º e 2º da Lei n. 12.850/13, superiores a 4 (quatro) anos, autoriza a segregação cautelar do paciente, nos termos do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Neste passo, tenho que estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime em comento, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise o art. 319, do CPP.

Verificados os requisitos da necessidade e da adequação, a manutenção da prisão preventiva é medida que se impõe (art. 282, *caput*, inciso II c. c. o §6º, ambos do Código de Processo Penal).

Ante o exposto, **INDEFIRO A LIMINAR.**

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, vista ao Ministério Público Federal para apresentação de parecer.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031549-88.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES.

PACIENTE: HUGO ARTHUR LOPES DIAN

IMPETRANTE: CASSIO KENJI OGATA

Advogado do(a) PACIENTE: CASSIO KENJI OGATA - SP241749

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ARARAQUARA/SP - 2ª VARA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Cássio Kenji Ogata, em favor de HUGO ARTHUR LOPES DIAN, contra ato imputado ao Juízo Federal da 2ª Vara Federal de Araraquara/SP.

Aduz o impetrante, em síntese, que o paciente está sendo processado pela prática, em tese, do delito previsto no art. 155, §4º, II, do Código Penal.

Informa que a denúncia foi recebida, mas que a autoridade coatora indeferiu a produção de prova testemunhal, tendo em vista a intempestividade da apresentação do rol de testemunhas, tendo designado audiência de interrogatório para o dia 24 de janeiro de 2019.

Sustenta que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, aduzindo, em especial, que a resposta à acusação foi, de fato, interposta fora do prazo de 10 dias, mas uma vez que a autoridade coatora não nomeou defensor dativo ou defensor público para apresentação de defesa, e tendo-a recebido, ainda que a destempo, não poderia ter desconsiderado o rol de testemunhas sob a alegação de intempestividade.

Discorre sobre sua tese, junta jurisprudência que entende *lhe* favorecer e pede a concessão da liminar para suspender a ação penal nº 0000374-37.2018.403.6120, até o julgamento final deste writ. No mérito, requer a concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a nulidade da decisão que determinou a exclusão do rol de testemunhas apresentado pela defesa.

Por fim, o impetrante informa (DI nº 11129992) que o presente *writ* foi impetrado por equívoco, haja vista a impetração anterior do HC nº 5031548-06.2018.4.03.0000, à minha Relatoria.

É o relatório.

Decido.

Do exame dos autos, verifico que as questões trazidas na presente impetração já foram objeto de análise nos autos do HC nº 5031548-06.2018.4.03.0000.

Desse modo, nos termos do art. 188, *caput* do RI desta Corte, tratando-se de mera reiteração de pedido, com os mesmos fundamentos, seu indeferimento liminar é de rigor.

Decorridos os prazos legais, arquivem-se os autos.

Int.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031535-07.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO

PACIENTE: VERA LUCIA FERREIRA COSTA

IMPETRANTE: ALEXANDRE EUGENIO NA VARRO

Advogado do(a) PACIENTE: ALEXANDRE EUGENIO NA VARRO - SP250097

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos por Alexandre Eugênio Navarro nos autos do *habeas corpus* n. 5031535-07.2018.4.03.000/SP, que impetrou em favor de **Vera Lucia Ferreira Costa**, contra a decisão que indeferiu liminarmente o *habeas corpus* por não vir instruído com elementos suficientes à compreensão e à comprovação do alegado por sua defesa (ID n. 11207188).

O embargante alega, em síntese, que a decisão terminativa, ora combatida, não atendeu aos limites de seu pedido, já que objetiva seja assegurado à paciente o direito a recolher-se à prisão domiciliar, haja vista seu precário estado de saúde (cfr. fl. 35).

Dessa forma, conforme fundamenta, os documentos que acompanharam sua inicial estão a demonstrar ser **Vera Lucia** portadora de problema de saúde grave e, por isso, pode ser-lhe deferido o pedido de prisão domiciliar e, por tal razão, permitiriam a plena análise de seu pedido.

Pugna-se pelo acolhimento dos presentes embargos de declaração com a consequente reconsideração da decisão, ora submetida a este instrumento de integração de julgado, para que se conceda a liminar requerida, com a consequente autorização para que a paciente cumpra a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta em prisão domiciliar.

É o relatório.

Decido.

Os embargos de declaração têm por finalidade sanar ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, não sendo cabível para anular ou modificar decisões.

Pretendeu o impetrante em sua petição inicial (ID n. 11112267), fosse assegurado à paciente o direito à conversão do regime de cumprimento de pena que lhe foi imposto nos autos das Ações Penais n. 0010147-79.2003.4.03.6105/SP e n. 0006738-95.2003.4.03.6105/SP (regime inicial semiaberto), por prisão domiciliar, tal como possibilitado pelos artigos 40 e 117, da Lei das Execuções Penais, c. c. os artigos 317 e 318, II, do Código de Processo Penal e artigos 1º, III, e 5º, XLIX, da Constituição da República.

Em seu pedido inicial fez juntar os seguintes documentos aos autos (ID n. 11113782):

A inicial veio instruídas com os seguintes documentos (ID n. 11113782):

- 1) Procuração;
- 2) RG da Paciente;
- 3) Comprovante de residência fixa;

- 4) Certidões de cumprimento dos mandados de prisão;
- 5) Boletim de ocorrência;
- 6) Mandados de prisão dos processos 0010147-79.2003.4.03.6105 e 0006738-95.2003.4.03.6105;
- 7) Laudo médico pericial extraído do processo 0011676-16.2015.403.6105, da Vara de Execução Penal Federal de Campinas-SP;
- 8) Relatório médico elaborado no dia da prisão (10/12/2018);
- 9) Receituário médico do dia 12/12/2018;
- 10) Exame de Ressonância Magnética;
- 11) Indicações de tratamentos;
- 12) Solicitações de exames;
- 13) Laudos médicos de 2014 a 2018.

De posse de tais elementos, em razão de a ação constitucional de *habeas corpus* possuir cognição sumária e somente admitir exame de prova pré constituída, restou indeferida liminarmente a inicial.

De fato, a despeito da ausência de formalismo (art. 654 do CPP), a inicial deve sempre vir acompanhada de documentos suficientes à compreensão e à comprovação do alegado, sob pena de inépcia.

Assim, ante a ausência de eventual ato coator ou mesmo a indicação de que a pretensão do impetrante fora submetida à apreciação do órgão jurisdicional atuante em primeiro grau de jurisdição, não vejo como analisar a pretensão deduzida pelo impetrante nestes autos de processo.

No particular, verifico que o impetrante, embora tenha apresentado a inicial do *habeas corpus*, não a fez acompanhar de quaisquer documentos que permitissem verificar as razões pelas quais a autoridade, a despeito das alegações apresentadas em favor de **Vera Lucia Ferreira Costa**, manteve-a em regime inicial semiaberto.

Com efeito, os alegados vícios apontados pelo impetrante não se verificam, uma vez que as questões apontadas pelo ora embargante foram devidamente apreciadas e fundamentadas na decisão embargada (ID n. 11207188).

Note-se que não houve contradição ou obscuridade no tocante ao indeferimento da inicial deste *habeas corpus*, haja vista a ausência, inclusive, de indicação de qual seria o ato coator ou mesmo qual a autoridade responsável por sua prolação.

Tem-se, assim, que a pretensão recursal é pela reapreciação e modificação de sentido da decisão para que as teses da embargante sejam acolhidas, objetivo que escapa às hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios.

Ademais, na hipótese de decisão suficientemente motivada, desnecessário se faz o pronunciamento do juiz sobre todas as teses arguidas pelas partes.

Ainda que assim não fosse, baseando-se a embargante no erro de julgamento, especialmente com vistas à modificação do sentido da decisão, deve manejar o instrumento processual adequado, não se prestando os embargos declaratórios à reforma do julgado, nos termos do artigo 619 do Código de Processo Penal.

Por esses fundamentos, **rejeito** os embargos declaratórios.

Intimem-se e archive-se, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031880-70.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

PACIENTE: LUIS FERNANDO SILVA DE OLIVEIRA

IMPETRANTE: RODRIGO HIPOLITO FERNANDES, JESUE HIPOLITO FERNANDES

Advogados do(a) PACIENTE: JESUE HIPOLITO FERNANDES - RJ154733, RODRIGO HIPOLITO FERNANDES - SP371413

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 1ª VARA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Luis Fernando Silva de Oliveira para que lhe seja concedida a liberdade provisória, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, diante do constrangimento ilegal que estaria sofrendo pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Guarulhos (SP) (Id n. 10290942).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o paciente, ainda não recebida, pelo cometimento dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 c. c. o art. 40, I, todos da Lei n. 11.343/06;
- b) diante do requerimento do Ministério Público Federal foi decretada a prisão temporária do paciente, convertida posteriormente em preventiva;
- c) em 26.07.18, após encerrar a sua jornada de trabalho como taxista, o paciente recebeu uma chamada telefônica de um de seus clientes, solicitando-lhe que buscasse uma passageira no Hotel Capcana e levasse-a ao Aeroporto Internacional de Guarulhos;
- d) o paciente também trabalhava como Uber e com autorização do cliente buscou a passageira com seu veículo particular;
- e) após combinarem o preço do serviço de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), o cliente ofereceu-lhe mais R\$ 50,00 (cinquenta reais) para que auxiliasse a passageira com a bagagem e acompanhasse o embarque;
- f) 4 (quatro) meses após os fatos, os Policiais Federais compareceram à residência do paciente para cumprimento do mandado de busca e apreensão de seus aparelhos celulares e de sua prisão temporária;
- g) o paciente esclareceu todos os fatos que teriam justificado a sua segregação cautelar, pelo que não haveria necessidade da manutenção de sua prisão, uma vez que não há a presença dos requisitos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, uma vez que a liberdade do paciente não compromete a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal;
- h) não existem fundadas razões a justificarem a conversão da liberdade provisória em preventiva, uma vez que se trata de investigado primário, com residência fixa e ocupação lícita, comprometendo-se a comparecer a todos os atos processuais para os quais for convocado;
- i) embora exista prova da materialidade, não há provas da autoria, uma vez que não consta dos autos prova de que o paciente estaria envolvido com o crime;
- j) requer-se, liminarmente, a concessão da liberdade provisória ao paciente, sem prejuízo da fixação de medidas cautelares diversas da prisão. (Id n. 12552640)

Decido.

Liberdade provisória. Requisitos subjetivos. Insuficiência. É natural que seja exigível o preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de liberdade provisória. Contudo, tais requisitos, posto que necessários, não são suficientes. Pode suceder que, malgrado o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não faça jus à liberdade provisória, na hipótese em que estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva (STJ, HC n. 89.946, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.12.07; RHC n 11.504, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.10.01).

Do caso dos autos. O impetrante pede a concessão da liberdade provisória ao paciente ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, com os argumentos, em resumo, de que não estariam preenchidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, fundamentada na ausência de provas de autoria e da primariedade do acusado, que possui residência fixa e ocupação lícita.

Foram juntadas cópias do pedido de revogação da prisão temporária (Id n. 12552653) e da decisão que o indeferiu, convertendo-o em prisão preventiva (Id n. 12552669).

Não se verifica de plano a ilegalidade no tocante à fundamentação e ao preenchimento dos requisitos que converteu a prisão temporária em preventiva, determinada nos seguintes termos:

Na investigação foram encontrados fortes indícios do envolvimento do acusado com Organização Criminosa voltada para o tráfico internacional de drogas, conforme Informação Policial nº 306/2018.

(...)

Desta forma, no momento atual da investigação, resta bem reforçado o vínculo entre investigado e organização criminosa: ao que parece, responsável pelo transporte das “mulas” até o aeroporto, bem como realizando o acompanhamento (“olheiro”) para certificar se a passageira embarcaria com cocaína (uma reconhecida droga lesiva à saúde humana) ao exterior. Por conseguinte, a manutenção da prisão mostra-se necessária tanto para fins de boa instrução criminal quanto para assegurar a aplicação da lei penal.

Repise-se que, às claras, os fatos investigados dão notícias de organização criminosa, normalmente, com meios para implementar fuga ou interferir na instrução criminal. Ora, os indícios que apontam para tal espécie delitiva justificam o cuidado adicional, buscando a boa instrução criminal.

(...)

Ressalto que a comprovação de residência fixa e ocupação lícita, não garantem, por si só, a revogação da prisão temporária e/ou preventiva, quando há demonstração de outros elementos que justifiquem a sua prisão, como no caso dos autos, onde há fortes indícios de autoria e materialidade (conforme consta dos autos do inquérito policial). Mais a mais, a defesa não trouxe elementos que alterassem a convicção do Juízo.

(...)

Assim, no caso em tela, em conclusão, repise-se que, diante dos novos fatos trazidos na investigação, a prisão justifica-se tanto por conveniência da instrução criminal como para permitir a aplicação da lei penal e, por fim, garantir a ordem pública. Relembro, a propósito, informação da investigação policial no sentido de que o acusado mostrou ter experiência no transporte de “mulas”.

De outro lado, não vislumbro qualquer outra medida cautelar trazida pela novel legislação (CPP, art. 319) que possa afastar os riscos acima apontados. (Id n. 12552669)

Observa-se que a ordem de manutenção da prisão preventiva do paciente está satisfatoriamente fundamentada e foram preenchidos os requisitos para o decreto da custódia cautelar.

Malgrado a gravidade da prisão preventiva, a medida restou fundamentada em dados concretos das investigações, não se mostrando adequadas e suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que não se pode excluir, no momento, a existência de indicativos de que o paciente possui vínculos com a organização criminosa.

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

Requistem-se informações à autoridade impetrada.

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

Comunique-se. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

PACIENTE: CAIO ROSSANO PARTEZANI

IMPETRANTE: ALEXANDRE CARRILLE, ISABELLE PEIXOTO, MARCELA MARQUES VITZEL, ARIIVALDO VITZEL JUNIOR

Advogados do(a) PACIENTE: ALEXANDRE CARRILLE - SP227153, MARCELA MARQUES VITZEL - SP279608, ARIIVALDO VITZEL JUNIOR - SP121157, ISABELLE PEIXOTO - SP376080

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 3ª VARA FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Ariovaldo Vitzel Junior, Marcela Marques Vitzel, Isabelle Peixoto e Alexandre Carrille, em favor de **Caio Rossano Partezani**, contra ato ilegal do Juízo Federal da 3ª Vara de Bauru/SP, exarado nos autos da ação penal nº 0001269-34.2018.403.6108 (pedido de liberdade provisória nº 0001288-40.2018.403.6108).

Alegam os impetrantes, em síntese, que:

- a) o paciente foi preso em flagrante delito no dia 06 de setembro de 2018, sob a acusação da prática dos delitos de organização criminosa, roubo qualificado praticado contra a Caixa Econômica Federal e porte de munição.
- b) Conforme consta dos autos, o paciente encontra-se preso preventivamente em razão de estar no imóvel localizado na **Avenida 1JF, n. 159, Jardim Floridiana**, onde foi localizado, segundo o BO 231/18 da Delegacia DIVECAR, vários **objetos ilícitos, munição, explosivos, dinheiro etc.**;
- c) Após a audiência de custódia realizada perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro – SP, houve declinação de competência para o Juízo Federal da 3ª Vara em Bauru/SP e, por consequência, não houve a apreciação do pedido de revogação da prisão preventiva, ou a adoção de qualquer das medidas cautelares diversa da prisão, formulado pela defesa do paciente perante o Juízo de Direito;
- d) a prisão em flagrante do paciente foi realizada por quem não detinha autoridade legal para fazê-la, já que atuou em local distinto à sua circunscrição;
- e) a materialidade delitiva não foi suficientemente comprovada pelos elementos dos autos;
- f) o paciente foi denunciado, sem que fossem demonstradas a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, pelos delitos previstos nos artigos 2º, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Lei 12.850/13; artigos 16, *caput* e parágrafo único, inciso III, da Lei 10.826/03; artigo 132 do Código Penal; artigo 157, § 2º, II, e § 2º-A, I e II do Código Penal; artigo 163, parágrafo único, I a III, do Código Penal, não tendo sido atribuído ao paciente participação nos atos executórios do crime;
- g) a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória está fundamentada apenas na gravidade abstrata do delito;
- h) não há provas da participação efetiva do paciente nos delitos mencionados;
- i) o paciente trabalhador, de família tradicionalíssima da cidade Rio Claro - SP, tendo também residência fixa.

Requerem os impetrantes a concessão de liminar para que o paciente aguarde o julgamento deste *writ* em prisão domiciliar e, no mérito, requerem a concessão da ordem para que a prisão preventiva seja substituída pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal ou então que seja concedida a prisão domiciliar.

Foram juntados documentos.

É o relatório.

DECIDO.

Pretendem os impetrantes, em apertada síntese, garantir a **Caio Rossano Partezani** o direito de responder aos atos da Ação Penal nº 0001269-34.2018.403.6108 em liberdade.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e do art. 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

Inicialmente cabe ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Convém salientar, contudo, que a presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao paciente uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Consta da denúncia que o paciente foi preso em flagrante junto com *José Luiz Milani*, em razão de serem surpreendidos no dia 05.09.18, na cidade de Rio Claro, na posse de uma mala contendo em seu interior duas lanternas de fixação em cabeça, cujo foco direciona-se de forma conveniente a atividade, duas bananas de explosivos, vários metros de cordel detonador, imãs para fixação de explosivos a serem detonados, uma calça tática camuflada, uma faca tática, controle remoto com bateria, um carregador de fuzil com capacidade para cem cápsulas, municiado com oito cápsulas de calibre 556, além de oito munições calibre 7,65, além da importância de R\$45.050,00 (quarenta e cinco mil e cinquenta reais) em espécie, em notas de cinquenta reais.

A abordagem ocorreu no bojo de investigações realizadas pela polícia civil a respeito de impactante ocorrência de roubo a uma agência da Caixa Econômica Federal, na cidade de Bauru, na madrugada do dia 05.06.18, quando um bando, fortemente armado (cerca de duas dezenas de pessoas) e com o uso de carros blindados e massiva quantidade de explosivos adentrou na agência bancária e dali subtraiu numerário em espécie, valores e objetos, sendo que na ocasião houve intensa troca de tiros entre os infratores e policiais militares, danificando viaturas e colocando em risco a vida de pessoas. O grupo, ainda, para empreender fuga sequestrou e fez refém a vítima Wanderley Aparecido dos Santos, que no momento trafegava com seu veículo na região.

A polícia ainda encontrou nas câmeras de residência vizinhas e/ou próximas à residência do paciente filmagens dos dias anteriores de vários veículos que foram utilizados no roubo ao Banco em Bauru, os quais entravam e saíam da residência do paciente em horários diversos.

A decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente está fundamentada nos seguintes termos:

Face a todo o processado, em apuração fatos de magnitude ímpar/colossal (explosão de cofre da Sede do Banco em tela), de gravidade objetiva estupenda, superior a Ordem Pública, a Lei Penal e a Instrução Processual, em cotejo ao ambicionado "Ius libertatis", INDEFIRO o pleito liberatório de ambos os Acusados. Intimem-se.

Com efeito, a manutenção da custódia cautelar do paciente é medida de rigor.

Nos termos do artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Para a decretação da custódia cautelar, ou para a negativa de liberdade provisória, exigem-se indícios suficientes de autoria e não a prova cabal desta, que somente poderá ser verificada em eventual decisum condenatório, após a devida instrução dos autos.

No caso, há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, conforme se infere dos documentos acostados aos autos.

De fato, há indícios razoáveis de que o paciente esteja envolvido em organização criminosa estruturalmente ordenada, cuja prática delituosa demonstra periculosidade acentuada.

Ademais, a alegação de que o paciente é primário, possui residência fixa e ocupação lícita, preenchendo os requisitos subjetivos, não implica, necessariamente, na revogação da prisão preventiva ou liberdade condicionada ao pagamento de fiança se presentes as circunstâncias do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Somado a isso, está preenchido o requisito constante do art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal, tendo em vista que as penas de reclusão máximas atribuídas aos delitos em questão autorizam a decretação da prisão preventiva.

Neste passo, tenho que estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime em comento, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise o art. 319, do CPP.

Ante o exposto, **INDEFIRO A LIMINAR.**

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, vista ao Ministério Público Federal para apresentação de parecer.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031663-27.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO

PACIENTE: KAIQUE MENDONCA MENDES

IMPETRANTE: LILIAN PERES DE MEDEIROS, RAFAEL EDUARDO DE MEDEIROS

Advogado do(a) PACIENTE: LILIAN PERES DE MEDEIROS - MS19481

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 3ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO LAÇOS DE FAMÍLIA

DESPACHO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Lilian Peres de Medeiros e Rafael Eduardo de Medeiros, em favor de **Kaique Mendonça Mendes**, objetivando a revogação da prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Ação Penal n. 0000570-13.2017.4.03.6000 pelo Juízo Federal da 3ª Vara em Campo Grande/MS.

Os impetrantes alegam (ID n. 11884801):

a) a Autoridade Policial representou pela prisão preventiva do paciente fundamentado nos fatos relacionados à operação *Laços de Família*, por suposta prática dos delitos previstos pelo artigo 35 c. c. o artigo 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06, e pelo artigo 1º da Lei 9.613/98;

b) o Ministério Público Federal, tendo-se em vista os atos relacionados à já mencionada investigação requereu a decretação da prisão preventiva do Paciente e de outros 21 (vinte um) denunciados com fundamento nos artigos 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal;

c) de posse de tais elementos, o Juízo Federal da 3ª Vara em Campo Grande/MS decretou a prisão preventiva do paciente, haja vista a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade, e a circunstância de o paciente, ao associar-se a outras pessoas para a prática dos crimes já mencionados, se solto poderá voltar a praticar novas condutas delitivas;

d) a despeito do fundamentado por Sua Excelência, os elementos dos autos não se mostram suficientes para indicar a participação delitiva do paciente na prática dos delitos que lhe foram imputados;

e) pugnam pela concessão de liminar para que o paciente seja posto em liberdade.

Em plantão judicial, o Desembargador Federal Hélio Nogueira, ante a ausência de elementos mínimos que indicassem a presença dos requisitos necessários a sufragar a tese da defesa, indeferiu o pedido liminar (cfr. ID n. 12032086).

De fato as provas que instruíram o pedido não autorizam a imediata conclusão de que o paciente estaria sofrendo algum constrangimento ilegal.

Assim, ausentes os documentos necessários à comprovação das alegações formuladas na inicial, não se vislumbra a demonstração, de plano, dos requisitos para o deferimento do pedido liminar nos termos pleiteados pela defesa de **Kaique Mendonça Mendes**.

Em razão de tais fundamentos, nessa fase preambular, não há como apreciar eventual ilegalidade perpetrada em desfavor do paciente por ato do Juízo Federal da 3ª Vara em Campo Grande/MS.

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

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

Comunique-se. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031714-38.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
PACIENTE: AMAURICIO WAGNER BIONDO, ROSANI ROSA ZANELLA
IMPETRANTE: DULCINEA DE JESUS NASCIMENTO
Advogado do(a) PACIENTE: DULCINEA DE JESUS NASCIMENTO - SP199272
Advogado do(a) PACIENTE: DULCINEA DE JESUS NASCIMENTO - SP199272
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 5ª VARA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Rosani Rocha Zanella e Amauricio Wagner Biondo para que seja revogada a prisão preventiva dos pacientes (Id n. 12241028).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) os pacientes foram presos em flagrante delito em 04.05.14, pois teriam introduzido em território nacional medicamento do tipo toxina botulínica da marca Botulax;

b) a autoridade impetrada entendeu que os pacientes praticaram o delito do art. 273, § 1º, I, do Código Penal, uma vez que o medicamento não possui registro na Anvisa, e condenou-os à pena de 7 (sete) anos de reclusão, regime inicial semiaberto, e 700 (setecentos) dias-multa, cada qual em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos;

c) os pacientes apelaram da sentença e obtiveram um voto divergente favorável para reduzir a pena fixada para 3 (três) anos de reclusão, regime inicial aberto, substituindo-a por restritivas de direitos, revogando-se a prisão preventiva decretada e o pedido de extradição;

d) o deferimento da liminar não causará prejuízo à justiça e a sociedade, uma vez interposto embargos infringentes, que estão em vias de julgamento, com a possibilidade de julgamento favorável aos pacientes;

e) a proximidade do recesso forense impossibilitará o julgamento do recurso dos pacientes, que estão presos desde 2017;

f) requer a concessão da liminar, revogando-se a prisão preventiva decretada ao acusados e sobrestando-se os efeitos da extradição até a deliberação do julgamento final deste “*writ*”.

Decido.

A impetrante pede a revogação da prisão preventiva dos pacientes, decretada nos autos da Ação Penal n. 0003056-07.2014.403.6119 e mantida por esta Egrégia 5ª Turma.

A decisão impugnada está assim fundamentada:

No caso em análise os réus já haviam sido abordados anteriormente no Aeroporto Internacional de Guarulhos transportando toxina botulínica sem registro na ANVISA.

Trata-se do fato em apuração nos autos nº 0012103-34.2016.403.6119, em trâmite na 6ª Vara Federal de Guarulhos.

Em adição, anoto que no curso desta ação penal, enquanto gozavam de liberdade provisória, voltaram a infracionar, dando ensejo ao feito nº 0040221-09.2014.401.3803, que tramita em Uberlândia/MG, e que diz respeito a fatos ocorridos em 28 de setembro de 2014 (fl. 305).

Esse histórico revela que os réus se dedicavam a atividades criminosas, razão pela qual não se aplica a eles a causa de diminuição de pena em questão.

(...)

No caso em exame os acusados estão foragidos desde o início do processo, quando, no curso de liberdade provisória, voltam a infracionar e foram presos em flagrante.

Revelaram, desta forma, evidente intenção em se furtar a aplicação da lei penal. Agora, com o decreto condenatório, as razões que determinaram a manutenção ao cárcere se confirmaram, não só diante da pena recebida pelos acusados, cujo cumprimento deverá ocorrer em regime inicial semi-aberto, mas também pelo fato de não haver ocorrido nenhuma alteração na situação fática que determinou a sua custódia cautelar.

Com efeito, as circunstâncias do caso concreto, tais como grande quantidade de ampolas transportadas e as três apreensões em curto espaço de tempo, indicam que os acusados se dedicam de forma habitual a esse tipo de comércio clandestino e que possuem clientela especializada que é abastecida com essa prática criminosa. Esse contexto denota que, uma vez em liberdade, haverá sério prejuízo à ordem pública. Assim, impõe-se a custódia dos réus também por esse prisma. (Id nº. 12241030)

Não há constrangimento ilegal a sanar.

Extrai-se da decisão impugnada que os pacientes foram condenados pelo cometimento do crime previsto no art. 273, § 1º-B, I, III e IV, do Código Penal.

Consta da sentença condenatória a ocorrência de três apreensões dos acusados em curto espaço de tempo, sendo uma delas no decorrer deste feito, o que denota a reiteração delitiva e a dedicação à atividade criminosa.

Ademais, não consta nos autos notícia de alteração fática superveniente à decretação da custódia dos pacientes, de forma que não se verificam de plano fundamentos a revogar a decisão impugnada, que se encontra amparada na garantia da aplicação da lei penal, em consonância com o disposto nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

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

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

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

Comunique-se. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031504-84.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

IMPETRANTE: FERNANDO FABIANI CAPANO

PACIENTE: JOSE RENATO JACINTHO

Advogado do(a) PACIENTE: FERNANDO FABIANI CAPANO - SP203901-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL CRIMINAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de José Renato Jacintho para a revogação de prisão preventiva ou, caso assim não se entenda, para a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Alega-se, em síntese, o que segue:

- a) nos termos do referido no inquérito policial e na denúncia, em 20.09.18, o Paciente e Milton Lima Silva (ambos Policiais Federais) teriam se encontrado com representantes da empresa IBC – Indústria Brasileira, oportunidade em que Milton Lima Silva “teria deixado a entender que se recebesse algo indevido em troca, uma quantia em dinheiro, não levaria adiante aquela situação”, vale dizer, investigação de irregularidades fiscais;
- b) o suposto comportamento de Milton Lima Silva não é suficiente à afirmação da presença dos requisitos para a prisão preventiva do Paciente, que tem residência fixa, trabalho lícito e é o principal provedor de sua família;
- c) a regra geral é a de que o acusado tem o direito de responder ao processo em liberdade (CR, art. 5º, LVII);
- d) não estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal;
- e) em decorrência da decretação da prisão preventiva, restou suspenso o pagamento do salário do Paciente, em prejuízo de seus 4 (quatro) dependentes, 2 (dois) deles menores de idade (Id n. 10887551).

Decido.

A prisão preventiva de José Renato Jacintho foi decretada pelo Juízo *a quo* em 30.10.18. Consta de decisão que o Setor de Inteligência da Polícia Federal recebeu informação de que Policiais Federais teriam entrado em contato com empresários para exigir vantagem indevida em razão da função pública por eles desempenhada. O Paciente, na companhia de Milton Lima, teria afirmado a empresários que “para não avançarem com investigações, queriam a quantia de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares). Os empresários obtiveram imagens da abordagem e dos agentes por meio de seus seguranças privados”. Ressaltou o Juízo *a quo* que constam dos autos imagens que identificam o veículo da Polícia Federal que foi utilizado por ambos na ocasião. A Autoridade Policial solicitou o uso de ação controlada para melhor apuração dos fatos, assim como autorização judicial para captação de áudio e quebra de sigilo de comunicações telefônicas, interceptação de dados de informática e telemática. No que diz respeito ao Paciente, consignou o Juízo *a quo* haver indícios suficientes de que estaria “especialmente envolvido nos atos em questão, conforme se constata por meio de imagens de fls. 09/13” e do depoimento do empresário Frederico Pimentel. Ressaltou que “o *periculum libertatis* está presente, tanto com fundamento na garantia da ordem pública, como para fins de instrução processual. Afinal, restou apurado que a prática é reiterada e estável. Outrossim, conforme aponta a Autoridade Policial (fl. 171), os investigados manifestaram periculosidade ao indicar possível ameaça a eventuais testemunhas (fls. 169)” (Id n. 12226849).

Não se verifica, em sede liminar, constrangimento ilegal na decisão da autoridade impetrada, tendo em vista haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, além de notícia nos autos de possível ameaça a testemunhas, a indicar a necessidade da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

Anote-se que, em novembro de 2018, o Paciente foi denunciado pela prática do delito do art. 316 do Código Penal e do art. 2º, § 2º, II, da Lei n. 12.850/13. (Id n. 12226848).

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

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

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

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002708-53.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: SUPERMERCADOS BERGAMINI LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A, LUIZ AUGUSTO BERNARDINI DE CARVALHO - SP160314-A

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002708-53.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

RELATÓRIO

O senhor Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID nº 3374154):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.
2. A eventual limitação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.
3. É autorizada a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação, afastada a possibilidade de compensação com contribuições previdenciárias.
4. Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, os honorários advocatícios, por ocasião da liquidação, deverão ser acrescidos de percentual de 2% (dois por cento).
5. Agravo interno improvido.

A União, ora embargante (ID nº 5498403 e 5498409), em preliminar, afirma que a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, impede a imediata aplicação da tese. Requer o sobrestamento do feito.

Aponta omissão na análise da exigibilidade da inclusão do ICMS no faturamento, para incidência do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que o RE nº 574.706 não alcançaria a tributação realizada nos termos da Lei Federal nº 12.973/2014.

Argumenta com a violação aos artigos 489, § 1º, incisos IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º e 1.040, do Código de Processo Civil, bem como ao artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, e, em especial, aos artigos 1036, 1039 e 1040, também do Código de Processo Civil.

Prequestiona a matéria com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Manifestação da embargada (ID nº 7018652).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002708-53.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: SUPERMERCADOS BERGAMINI LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCELO SILVA MASSUKADO - DF11502-A, LUIZ AUGUSTO BERNARDINI DE CARVALHO - SP160314-A

VOTO

O senhor Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA:

O v. Acórdão destacou expressamente:

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

Parece que não houve distinção, no STF, quanto à forma da incidência tributária, para efeito de exclusão.

O critério é material: o tributo incidente, na cadeia produtiva, não é base de cálculo das contribuições sociais, tanto na vigência das Leis Federais n.º. 10.637/02 e 10.833/03, quanto na da Lei Federal n.º. 12.973/14.

Ademais, a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

A eventual limitação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

A agravante requer o sobrestamento do feito até a apreciação dos embargos de declaração pendentes, no Supremo Tribunal Federal, sobre o tema.

A pretensão não merece ser acolhida.

Não há determinação de sobrestamento, pelo Relator, no Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da inteligência da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n^os 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3^a seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dívida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1^a Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2^a col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o meu voto.

ramfeit

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PRÉ-QUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO (198) Nº 5000283-20.2017.4.03.6111
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LAJES TAMOYO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GLAUCO MARCELO MARQUES - SP153291-A

APELAÇÃO (198) Nº 5000283-20.2017.4.03.6111
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARILIA- SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LAJES TAMOYO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GLAUCO MARCELO MARQUES - SP153291-A

RELATÓRIO

O senhor Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu parcial provimento ao agravo interno, para determinar que a compensação seja realizada, segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação, afastada a possibilidade de compensação com contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação, em mandado de segurança destinado a viabilizar a exclusão do ICMS, da base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação de valores.

A ementa (ID nº 3261723):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO — INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.
2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.
3. É autorizada a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação, afastada a possibilidade de compensação com contribuições previdenciárias.
4. Agravo interno parcialmente provido.

A União, ora embargante (ID nº 4124875 e 4124876), em preliminar, afirma que a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, impede a imediata aplicação da tese. Requer o sobrestamento do feito.

Aponta omissão na análise da exigibilidade da inclusão do ICMS no faturamento, para incidência do PIS e da COFINS.

Alega, ainda, que o RE nº 574.706 não alcançaria a tributação realizada nos termos da Lei Federal nº 12.973/2014.

Argumenta com a violação aos artigos 489, § 1º, incisos IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º e 1.040, do Código de Processo Civil, bem como ao artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, e, em especial, aos artigos 1036, 1039 e 1040, também do Código de Processo Civil.

Prequestiona a matéria com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Manifestação da embargada (ID nº 6974047 e 6974048).

É o relatório.

ramfeit

VOTO

O senhor Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA:

O v. Acórdão destacou expressamente:

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

- 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*
- 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*
- 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*
- 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*
- 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

Ademais, a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

A eventual limitação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

Parece que não houve distinção, no STF, quanto à forma da incidência tributária, para efeito de exclusão.

O critério é material: o tributo incidente, na cadeia produtiva, não é base de cálculo das contribuições sociais, tanto na vigência das Leis Federais nº. 10.637/02 e 10.833/03, quanto na da Lei Federal nº. 12.973/14.

A agravante requer o sobrestamento do feito até a apreciação dos embargos de declaração pendentes, no Supremo Tribunal Federal, sobre o tema.

A pretensão não merece ser acolhida.

Não há determinação de sobrestamento, pelo Relator, no Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no verbação (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o meu voto.

ramfreit

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PRÉ-QUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Pelo presente, dou ciência às partes da decisão proferida pela Sexta Turma na sessão de julgamento realizada em 13 de dezembro de 2018, informando que o inteiro teor (relatório, voto, ementa e acórdão) encontra-se disponível às partes pelo sistema PJE - ID nº 12648053):

"Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 7ª TURMA

Boletim de Acórdão Nro 26729/2018

00001 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021905-66.2010.4.03.9999/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2010.03.99.021905-0/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|-------------|---|--|
| RELATOR | : | Desembargador Federal PAULO DOMINGUES |
| EMBARGANTE | : | Instituto Nacional do Seguro Social - INSS |
| ADVOGADO | : | RJ074285 SILVANA MARINHO DA COSTA |
| | : | SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR |
| EMBARGADO | : | ACÓRDÃO DE FLS. |
| INTERESSADO | : | ADMIR SILVERIO FERREIRA |
| ADVOGADO | : | SP033166 DIRCEU DA COSTA |
| No. ORIG. | : | 09.00.00167-8 2 Vr SUMARE/SP |

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. VERIFICAÇÃO DE ERRO MATERIAL. INSALUBRIDADE. CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL. NÃO IMPELENTAÇÃO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DO AUTOR ACOLHIDO. RECURSO DO INSS PREJUDICADO.

1. De acordo com o art. 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração possuem função processual específica, que consiste em integrar, retificar ou complementar a decisão embargada.
2. Verificado o erro material alegado quanto aos critérios de reconhecimento de insalubridade, bem como quanto ao pedido de concessão do benefício.
3. O período anotado na CTPS acrescido do tempo especial declarado, não perfaz o tempo suficiente à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, vez que não preencheu as regras de transição impostas pela EC 20/98, e tampouco a integral, motivo pelo qual deve ser julgado parcialmente procedente o pedido, para apenas reconhecer a especialidade dos períodos.
4. Embargos de declaração da parte autora parcialmente acolhidos. Embargos de declaração do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração do autor e julgar prejudicados os embargos de declaração do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

PAULO DOMINGUES

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031126-31.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: ROBERTO LUIZ DA SILVA

Advogado do(a) AGRVANTE: CAMILLA CHAVES HASSESIAN - SP268772

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto sem que fosse formulado pedido de atribuição de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal.

Sendo assim, intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

P.I.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002805-30.2016.4.03.9999

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ROSELI DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: JORGE TALMO DE ARAUJO MORAES - MS8896-A

D E C I S Ã O

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Relativamente ao pleito constante no DOC. 3146365, em se tratando de benesse previdenciária temporária, o *decisum* exarado se reveste de característica *rebus sic stantibus*, ou seja, mantém-se íntegro enquanto perdurarem as condições aferidas ao tempo da sua prolação.

A revisão periódica destas condições, inclusive, é obrigação imputada à autarquia por disposição legal e não mais integra o objeto da lide, até porque não estão as partes autorizadas a reabrir o contraditório na fase em que o feito se encontra, razões pelas quais não necessita de autorização do Poder Judiciário para cumprir aquilo que a própria lei lhe determina. A partir daí, seus futuros e hipotéticos atos, havendo novo conflito de interesses, deverão ser dirimidos por meio de ação própria.

No caso em tela, o laudo pericial elaborado em 12.12.15, há exatos três anos, informa que à época a periciada aguardava cirurgia corretiva no joelho. Ademais, permaneceu em gozo de auxílio-doença desde 14.07.2010, razão pela qual indefiro o requerimento.

Intimem-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029745-85.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: S. P.
Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRA PEREIRA - SP165131
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

A T O O R D I N A T Ó R I O

Considerando-se tratar-se de segredo de justiça e a impossibilidade de alteração da autuação da r. decisão (ID 11243285), pratico este ato meramente ordinatório para que a agravante seja devidamente intimada da supracitada decisão abaixo transcrita.

“D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que versa sobre honorários sucumbenciais, tendo como agravante a procuradora da parte autora.

Tratando o presente recurso exclusivamente sobre honorários advocatícios, incide, *in casu*, o artigo 99, §5º, do CPC/2015, cuja inteligência determina que o recurso que tenha por objeto exclusivo verba honorária em favor de advogado de beneficiário da justiça gratuita estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

Por tais razões, determino que o agravante seja intimado para que, no prazo legal, providencie o preparo, sob pena de não conhecimento do recurso.

P.I.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018."

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028301-17.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: TEREZA RAMALHO FRAZAO

Advogado do(a) AGRAVADO: ANA MARISA CURI RAMIA - SP69414

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença.

O agravante sustenta, em síntese, que a decisão recorrida deve ser reformada no que tange à impossibilidade de a parte agravada receber benefício previdenciário por incapacidade do período em que exerceu atividade laborativa e no que diz respeito à verba honorária.

Nesse passo, pede a reforma da decisão recorrida, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator "*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*", desde que a eficácia da decisão recorrida gere "*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*" (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, malgrado tenha o agravante pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031371-42.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: ANTONIO DONIZETTI SOUSA

Advogados do(a) AGRAVANTE: DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N, MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela objetivando a concessão de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição.

Sustenta, em síntese, que os elementos residentes nos autos comprovam que os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência foram atendidos.

Nesse passo, pede a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No caso dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal não estão presentes.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

A legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Ocorre que, no caso dos autos, em consulta ao CNIS, constata-se que o recorrente continua trabalhando, estando atualmente empregado junto Acucar e Alcool Oswaldo Ribeiro de Mendonça Ltda..

Sendo assim, não há como se divisar um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que autorize a tutela de urgência, até porque não há nos autos prova de que a não concessão dessa tutela colocará em risco a subsistência da parte autora.

É dizer, como o autor percebe mensalmente um salário, não há como se divisar o *periculum in mora* necessário à concessão da tutela de urgência.

A par disso, via de regra, a tutela de urgência de natureza antecipada não deve ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (CPC/15, artigo 300, §3º), mas apenas excepcionalmente, tal como ocorre quando se demonstra que tal providência se faz necessária para a subsistência do requerente.

No caso dos autos, contudo, há risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão - considerando a natural dificuldade de o segurado restituir ao INSS valores pagos indevidamente, até mesmo em função da natureza alimentar da verba - e não há provas nos autos de que a antecipação da tutela se faça necessária para garantir a subsistência da parte, verificando-se, em verdade, o oposto, já que, como visto, continua empregado e trabalhando.

Por tais razões, não vislumbro razões para a concessão da tutela de urgência.

Ausente o *fumus boni iuris*, de rigor o indeferimento do efeito suspensivo pleiteado.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Proceda a Subsecretaria à comunicação por ofício, via e-mail, na forma disciplinada por esta E. Corte, do teor desta Decisão.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031481-41.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: CESAR COSTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão que declinou a competência do presente feito à Justiça Federal de Osasco/SPA.

A parte agravante sustenta, em síntese, que deve ser “reconhecida a competência da 06ª Vara Previdenciária para julgar a presente ação”.

Forte nisso, requer a reforma da decisão agravada e “a concessão do efeito suspensivo uma vez que a presente ação se trata de benefício de caráter alimentar”.

É o breve relatório.

Decido.

Esta C. Turma, ao interpretar o artigo 1.015, do CPC/15, tem entendido que, de acordo com o novo Código Processual, a decisão que tem por objeto competência não é impugnável por agravo de instrumento, considerando a inexistência de previsão legal nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. MATÉRIA NÃO ABRANGIDA NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO. ROL TAXATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO. AUSÊNCIA DE ABUSO OU ILEGALIDADE NA DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - O agravo interno tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida.

2 - A decisão que versa acerca de competência não é recorrível por meio de agravo de instrumento, nos termos do disposto no art. 1.015 do Código de Processo Civil.

3 - Sendo o rol taxativo no que diz com as hipóteses de cabimento do recurso, descabe cogitar-se de interpretação extensiva.

4 - Não demonstrado qualquer abuso ou ilegalidade na decisão recorrida, de rigor sua manutenção.

5 - Agravo interno interposto pelo autor desprovido.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 590389 - 0019258-15.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, julgado em 23/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/11/2017)

Nesse passo, considerando que o presente agravo de instrumento foi interposto contra decisão que versa sobre competência, de rigor o seu não conhecimento.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, III e parágrafo único, combinado com o artigo 1.017, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil,

P.I.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029751-92.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: FERNANDO CESAR ORMENEZE

Advogados do(a) AGRAVANTE: DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N, MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

1. **ID8103052**: A parte agravante está dispensada do recolhimento de custas, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (ID8078448, pág. 104).

2. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que INDEFERIU a tutela de urgência (ID8078448, págs. 164-165).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer a parte agravante a concessão de tutela de urgência, para a imediata implantação do auxílio-doença, sob a alegação de que está incapacitada de exercer a sua atividade laborativa.

Instruiu o recurso com documentos médicos, que, segundo alega, atestam que ela está impossibilitada de retornar às suas atividades laborativas.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável se evidencia na medida em que não pode trabalhar e não possui condições econômicas de subsistência.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal não estão presentes.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, os relatórios médicos constantes dos autos não são contemporâneos à cessação do benefício, não havendo elementos que permitam concluir que, naquela ocasião, a parte agravante continuava incapacitada para o trabalho.

Ademais, o perito judicial constatou que ela é portadora de lesão do ligamento cruzado anterior e menisco do joelho esquerdo, condropatia patelar e gonartrose do joelho esquerdo, concluindo, no entanto, que tais males não são geradores de incapacidade laborativa, como se vê do laudo pericial constantes do ID8078448, págs. 116/160.

Ausente, pois, o *fumus boni iuris*.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS NO CASO CONCRETO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- A previsão legal do artigo 273 do Código de Processo Civil é de concessão de medida satisfativa, ou seja, antecipação da própria prestação jurisdicional. Dessa forma, se evidenciados os pressupostos para a antecipação dos efeitos da tutela, deve ela ser deferida.

- Considerada a natureza das moléstias da agravante e os demais elementos constantes dos autos, necessária a dilação probatória para elaboração de laudo médico oficial.

- Agravo de instrumento improvido.

(AI nº 0015431-16.2004.4.03.0000, 7ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Eva Regina, DE 23/06/2009)

Com tais considerações, INDEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Proceda a Subsecretaria à comunicação por ofício, via e-mail, na forma disciplinada por esta E. Corte, do teor desta Decisão.

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030451-68.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: MARIA APARECIDA DA SILVA FLORENCIO
Advogado do(a) AGRAVADO: NATALIA TANI MORAIS - SP361237-N

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que DEFERIU a tutela de urgência, determinando ao INSS a imediata implantação do auxílio-doença (ID8276638, págs. págs. 20-21).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer o INSS a revogação da tutela de urgência, sob a alegação de que a parte agravada, ao contrário do que constou da decisão impugnada, está apta para o exercício da sua atividade laborativa.

Instruiu o recurso com laudos médicos realizados por peritos da Autarquia, os quais, segundo alega, atestam que ela não está incapacitada para o trabalho.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se evidencia na medida em que os valores pagos dificilmente serão passíveis de repetição.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal não estão presentes, pois a decisão agravada, a princípio, andou bem ao conceder a tutela de urgência diante do atendimento dos requisitos exigidos para tanto.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, o relatório médico do ID8276638, pág. 22, formalmente em termos, elaborado em 15/08/2018 (portanto, contemporâneo à perícia do INSS, evidencia que a parte agravada, que conta, atualmente, com 53 anos de idade e trabalha como doméstica, é portadora de transtorno de humor (depressão) e sintomas osteodegenerativos e osteodolorosos, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão de que foi indevida a cessação administrativa do auxílio-doença em 11/07/2018 (ID8276638, pág. 28).

Por outro lado, restou evidenciado, nos autos, que a parte agravada é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, como se vê do ID8276638, pág. 28 (comunicação de decisão administrativa), ID8276642, pág. 17 (extrato INFBEN).

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI nº 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Satisfeitos os requisitos necessários para concessão da tutela de urgência pelo MM. Juízo de origem, não há como se vislumbrar a probabilidade de provimento do agravo, a qual é indispensável à concessão do efeito suspensivo (tutela recursal de urgência) pleiteado.

Com tais considerações, INDEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Proceda a Subsecretaria à comunicação por ofício, via e-mail, na forma disciplinada por esta E. Corte, do teor desta Decisão.

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030111-27.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GEORGE RESENDE RUMIATTO DE LIMA SANTOS - MS20317

AGRAVADO: LUIZA PEREIRA CASSIMIRO

Advogado do(a) AGRAVADO: MANOEL PEREIRA DE ALMEIDA FERNANDES TOLEDO - MS18728-A

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que DEFERIU a tutela de urgência, determinando ao INSS a imediata implantação do auxílio-doença (ID8162722, págs. 44-47).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer o INSS a revogação da tutela de urgência, sob a alegação de que a parte agravada, ao contrário do que constou da decisão impugnada, está apta para o exercício da sua atividade laborativa.

Instruiu o recurso com laudos médicos realizados por peritos da Autarquia, os quais, segundo alega, atestam que ela não está incapacitada para o trabalho.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se evidencia na medida em que os valores pagos dificilmente serão passíveis de repetição.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal não estão presentes, pois a decisão agravada, a princípio, andou bem ao conceder a tutela de urgência diante do atendimento dos requisitos exigidos para tanto.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, o relatório médico do ID8162722, pág. 39, formalmente em termos, elaborado em 19/07/2018 (portanto, contemporâneo à perícia do INSS), evidencia que a parte agravada, que conta, atualmente, com 62 anos de idade e trabalha como doméstica, é portadora de lombociatalgia a esquerda, cervicobraquialgia bilateral, osteoartrose de joelho esquerdo e tendinopatia em ombro esquerdo, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão de que foi indevida a cessação administrativa do auxílio-doença em 13/08/2018 (ID8162722, pág. 37).

Por outro lado, restou evidenciado, nos autos, que a parte agravada é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, tanto que recebeu auxílio-doença até 13/08/2018, como se vê do ID8162722, pág. 37 (comunicação de decisão administrativa).

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI nº 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Satisfeitos os requisitos necessários para concessão da tutela de urgência pelo MM. Juízo de origem, não há como se vislumbrar a probabilidade de provimento do agravo, a qual é indispensável à concessão do efeito suspensivo (tutela recursal de urgência) pleiteado.

Com tais considerações, INDEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Proceda a Subsecretaria à comunicação por ofício, via e-mail, na forma disciplinada por esta E. Corte, do teor desta Decisão.

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030797-19.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

AGRAVANTE: HERCILIO TRIVELLATO NETO

CURADOR: JOAO TRIVELLATO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDERVAN SANTOS CHIARELLI - SP357949-N, FLAVIO PEREIRA DA SILVA SANTOS - SP358024,

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por HERCÍLIO TRIVELLATTO NETO, contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Auriflamma/SP que, em sede de ação de conhecimento, objetivando o restabelecimento do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF/88, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Nas razões recursais, reafirma a necessidade do deferimento da antecipação de tutela, bem como argumenta com a presença dos requisitos ensejadores do referido provimento.

É o suficiente relatório.

Não entendo ser caso de concessão da tutela de urgência, ao menos neste momento processual.

Isto porque não há nos autos elementos "que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC).

O juiz de 1º grau, em razão da maior proximidade com a realidade dos autos (partes, provas e perícias), perpetrou análise condizente com a causa, concluindo pela negativa da tutela, em razão da necessária dilação probatória. Nestes termos, aliás, consignou na decisão, **verbis**:

"Vistos.

Indefiro o pedido de tutela antecipada, porque os documentos que instruem a petição inicial não proporcionam verossimilhança à alegação da parte autora, onde se faz imprescindível a realização de estudo socioeconômico, a fim de verificar a situação econômica do autor e de sua família, sendo que a mesma poderá ser concedida no momento da sentença.

Cite-se o réu (INSS), via portal eletrônico, observando as formalidades legais. Defiro liminarmente a produção de prova pericial, tendo em vista o caráter alimentar do pedido.

Para a realização do estudo social, nomeio a assistente social ANGELICA BERNARDO MARTINS, fixando-se seus honorários periciais em R\$ 500,00 (quinhentos reais), a serem pagos pela Justiça Federal, nos termos da Resolução CJF nº 541, de 18.01.07.

Desnecessária, por ora, a realização de exame médico pericial, uma vez que o benefício fora suspenso pelo INSS com fundamento na renda per capita do grupo familiar superior ao previsto em lei (fls. 141/144).

Ficam as partes intimadas a formular quesitos e indicar assistente técnico, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de preclusão (CPC, 465, § 1º, II e III).

A senhora assistente social deverá responder aos seguintes quesitos do Juízo: (Estudo Social) (1) Quantas pessoas residem no mesmo imóvel? Qualificar cada uma delas; (2) Quais delas trabalham ou recebe algum tipo de benefício ou auxílio pecuniário? Esclarecer e discriminar os valores; (3) De que modo é provida a manutenção da parte autora? (4) Quais são as principais despesas suportadas pela unidade familiar?.

Providencie a serventia a juntada aos autos dos QUESITOS apresentados pela autarquia-ré, os quais encontram-se arquivados em cartório, a fim de serem respondidos pelo perito judicial.

Com a apresentação do laudo pericial, intemem-se as partes para manifestação e abra-se vista ao Ministério Público.

Em seguida, tornem os autos conclusos para homologação do laudo, arbitramento dos honorários periciais e, se o caso, prolação de sentença.

Defiro os benefícios da assistência judiciária ao autor. Anote-se.

Fica deferida a extração das cópias necessárias.

Ciência ao Ministério Público (art. 31 da Lei nº 8.742/93).

Intime-se."

No caso em tela, somente após a realização da referida prova pericial específica, seria viável a concessão provisória do benefício assistencial.

Nesse sentido, a orientação desta Corte Recursal:

"Agravo de instrumento. Benefício assistencial. Artigo 203, V, da Constituição Federal. Miserabilidade não comprovada. Ausência dos requisitos para a antecipação da tutela de urgência. Probabilidade do direito não evidenciada. Risco de irreversibilidade da medida. Artigo 300, caput e §3º do CPC/2015.

1. O benefício de prestação continuada é devido ao portador de deficiência (§2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 12.470/2011) ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (artigo 34 da Lei nº 10.741/2003) que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos dos artigos 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

2. Incapacidade laboral e para a vida civil incontroversa.

3. Hipossuficiência e miserabilidade da parte autora não comprovadas.

4. Probabilidade do direito não evidenciada. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da medida. Artigo 300, caput e §3º do CPC/2015.

5. Agravo de instrumento provido."

(AG nº 2016.03.00.010005-0/SP, Rel. Des. Federal Paulo Domingues, 7ª Turma, DE 18/04/2017).

Desta feita, respeitado o juízo discricionário do magistrado, não visualizo qualquer ilegalidade na decisão combatida em se exigir a submissão ao crivo do contraditório.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.**

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Apresente a parte agravada a sua resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil vigente.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025795-68.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARIA DIRCE PULCINELLI

Advogado do(a) AGRAVADO: GESLER LEITAO - SP201023-N

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que AUTORIZOU a parte autora, antes do trânsito em julgado da sentença, a não atender convocações para perícia (ID7094355, pág. 07).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer o INSS a revogação da referida decisão, sob a alegação de que, no caso de auxílio-doença concedido judicialmente sem a fixação de um tempo estimado de duração, a Lei nº 8.213/91, artigo 60, parágrafo 9º, lhe autoriza cessá-lo no prazo de 120 dias.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se evidencia na medida em que os valores pagos dificilmente serão passíveis de repetição.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal estão presentes.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que o **auxílio-doença** é um benefício provisório, que cessa com o término da incapacidade, no caso de ser temporária, ou com a reabilitação do segurado para outra atividade que lhe garanta a subsistência, se a incapacidade for definitiva para a atividade habitual, podendo, ainda, ser convertido em aposentadoria por invalidez, se o segurado for considerado insusceptível de reabilitação.

Nos casos em que o benefício é concedido com base na incapacidade temporária e a decisão judicial que o concedeu não fixou um prazo estimado de duração, pode o INSS, nos termos dos parágrafos 8º e 9º do artigo 60 da Lei nº 8.213/91, incluído pela Medida Provisória nº 739/2016, convertida na Lei nº 13.457/2017, cessar o auxílio-doença no prazo de 120 dias, cumprindo ao segurado, se entender que ainda não está em condições de retornar para a sua atividade laborativa habitual, requerer, na esfera administrativa, a prorrogação do seu benefício.

Ocorre que, no caso dos autos, considerando que o auxílio-doença foi implantado por força de tutela de urgência, confirmada por sentença que concedeu o benefício com base na incapacidade temporária, mas sem fixar um prazo estimado para duração do benefício, pode o INSS, nos termos dos parágrafos 8º e 9º do artigo 60 da Lei nº 8.213/91, incluído pela Medida Provisória nº 739/2016, convertida na Lei nº 13.457/2017, cessar o auxílio-doença no prazo de 120 dias, cumprindo ao segurado, se entender que não está em condições de retornar à atividade laborativa, requerer, na esfera administrativa, a prorrogação do seu benefício.

Com tais considerações, DEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Proceda a Subsecretaria à comunicação por ofício, via e-mail, na forma disciplinada por esta E. Corte, do teor desta Decisão.

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030655-15.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: IVANILDE MASCARENHAS ROSA

Advogado do(a) AGRAVANTE: HELOISA CREMONEZI PARRAS - SP231927-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença.

A agravante sustenta, em síntese, que a decisão recorrida deve ser reformada, considerando a impossibilidade de restituição dos valores indevidamente recebidos em função de tutela antecipada posteriormente revogada.

Nesse passo, pede a reforma da decisão recorrida, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, malgrado tenha o agravante pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026786-44.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: GISELA RICHÁ RIBEIRO FERREIRA - SP415772-N

AGRAVADO: ELIVANIA HELENA DE SOUZA ALVARENGA

Advogado do(a) AGRAVADO: PEDRO RUBIA DE PAULA RODRIGUES - SP319062-N

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que DEFERIU a tutela de urgência, determinando ao INSS o imediato restabelecimento da aposentadoria por invalidez (ID7434627, págs. 24-27).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer o INSS a revogação da tutela de urgência, sob a alegação de que a parte agravada, ao contrário do que constou da decisão impugnada, está apta para o exercício da sua atividade habitual.

Instruiu o recurso com laudo médico realizado por peritos da Autarquia, o qual, segundo alega, atesta que ela não está incapacitada para o trabalho.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se evidencia na medida em que os valores pagos dificilmente serão passíveis de repetição.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal não estão presentes, pois a decisão agravada, a princípio, andou bem ao conceder a tutela de urgência diante do atendimento dos requisitos exigidos para tanto.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, os relatórios médicos do ID7434627, págs. 11-13, formalmente em termos, elaborados respectivamente em 14/08/2018, 15/0/2018 e 29/08/2018 (portanto, contemporâneos à perícia do INSS), evidenciam que a parte agravada, que conta, atualmente, com 41 anos de idade e trabalha como rurícola, é portadora de lúpus eritematoso discoide, hepatopatia crônica decorrente de esteatose hepática, refluxo gastro-esofágico crônico, esofagite crônica e gastrite crônica, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão de que foi indevida a cessação administrativa do auxílio-doença em 17/08/2018 (ID7434627, pág. 15).

Por outro lado, restou evidenciado, nos autos, que a parte agravada é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, tanto que recebeu aposentadoria por invalidez até 17/08/2018, como se vê do ID7434627, pág. 15.

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI n.º 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Satisfeitos os requisitos necessários para concessão da tutela de urgência pelo MM. Juízo de origem, não há como se vislumbrar a probabilidade de provimento do agravo, a qual é indispensável à concessão do efeito suspensivo (tutela recursal de urgência) pleiteado.

Com tais considerações, INDEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Proceda a Subsecretaria à comunicação por ofício, via e-mail, na forma disciplinada por esta E. Corte, do teor desta Decisão.

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031206-92.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: EVANDRO MORAES ADAS - SP195318-N

AGRAVADO: PATRICIA ALVES PEREIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: EDERSON DE SOUZA - SP343278

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Considerando-se a impossibilidade de alteração da autuação da R. decisão (ID 11261432), pratico este ato meramente ordinatório para que a agravada seja devidamente intimada da supracitada decisão abaixo transcrita.

“D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença.

O agravante sustenta, em síntese, que a decisão recorrida deve ser reformada no que tange à correção monetária e à impossibilidade de a parte agravada receber benefício previdenciário por incapacidade do período em que exerceu atividade laborativa.

Nesse passo, pede a reforma da decisão recorrida, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, malgrado tenha o agravante pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.”

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027266-22.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: MARIA DE LOURDES MARTINS CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO CARVALHO ZULIANI - SP288234-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

1. **ID7521868**: A parte agravante está dispensada do recolhimento de custas, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (ID7500586, pág. 04).
2. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que INDEFERIU a tutela de urgência (ID7505286, pág. 04).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer a parte agravante a concessão de tutela de urgência, para o imediato restabelecimento da aposentadoria por invalidez, sob a alegação de que está incapacitada de exercer a sua atividade laborativa.

Instruiu o recurso com documentos médicos, que, segundo alega, atestam que ela está impossibilitada de retornar às suas atividades laborativas.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável se evidencia na medida em que não pode trabalhar e não possui condições econômicas de subsistência.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal estão presentes.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, os relatórios médicos dos ID7491573, págs. 06 e 08, formalmente em termos, elaborados respectivamente em 09/10/2018 e 04/09/2018, evidenciam que a parte agravante, que conta, atualmente, com 59 anos de idade, é portadora de transtorno mental crônico e doença pulmonar obstrutiva crônica, impedindo-a de exercer qualquer atividade laborativa, o que conduz à conclusão de que foi indevida a cessação administrativa da aposentadoria por invalidez em 24/08/2018 (ID7491573, pág. 05).

Por outro lado, restou evidenciado, nos autos, que a parte agravante é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, tanto que recebeu aposentadoria por invalidez até 24/08/2018, como se vê do ID7491573, pág. 05 (comunicação de decisão administrativa).

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI nº 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Com tais considerações, DEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento e CONCEDO a tutela de urgência, determinando que a autarquia previdenciária restabeleça a aposentadoria por invalidez em benefício do agravante no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Proceda a Subsecretaria à expedição de e-mail ao INSS, instruído com cópia dos documentos da parte agravante, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na implantação do benefício acima referido, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027216-93.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: VALDECIR DE FREITAS

Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO VILARICO FERREIRA PINTO - SP313934

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

1. **ID7493265**: A parte agravante está dispensada do recolhimento de custas, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (ID7493246, pág. 09).

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que INDEFERIU a tutela de urgência (ID7493246, págs. 09-10).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer a parte agravante a concessão de tutela de urgência, para a imediata implantação do auxílio-doença, sob a alegação de que está incapacitada de exercer a sua atividade laborativa.

Instruiu o recurso com documentos médicos, que, segundo alega, atestam que ela está impossibilitada de retornar às suas atividades laborativas.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável se evidencia na medida em que não pode trabalhar e não possui condições econômicas de subsistência.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal estão presentes.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, o relatório médico do ID7493246, pág. 48, formalmente em termos, elaborado em 15/01/2018 (portanto, contemporâneo à perícia do INSS), evidencia que a parte agravante, que conta, atualmente, com 48 anos de idade e trabalha como motorista, é portadora de discectomia e artrodese, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão de que foi indevida a cessação administrativa do auxílio-doença em 08/02/2018 (ID7493246, pág. 35).

Por outro lado, restou evidenciado, nos autos, que a parte agravante é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, tanto que recebeu auxílio-doença até 08/02/2018, como se vê do ID7493246, pág. 35.

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI nº 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Com tais considerações, DEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento e CONCEDO a tutela de urgência, determinando que a autarquia previdenciária restabeleça o auxílio-doença em benefício do agravante no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Proceda a Subsecretaria à expedição de e-mail ao INSS, instruído com cópia dos documentos da parte agravante, para que cumpra a obrigação de fazer consistente no restabelecimento do benefício acima referido, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028926-51.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: WILLIAM CORREA BEZERRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: GELSON LUIS GONCALVES QUIRINO - SP214319-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

1. **ID7955182**: A parte agravante está dispensada do recolhimento de custas, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (ID7854609).

2. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que INDEFERIU a tutela de urgência (ID7854609).

Neste recurso, ao qual pretende seja atribuído o efeito suspensivo, requer a parte agravante a concessão de tutela de urgência, para a imediata implantação do auxílio-doença, sob a alegação de que está incapacitada de exercer a sua atividade laborativa.

Instruiu o recurso com documentos médicos, que, segundo alega, atestam que ela está impossibilitada de retornar às suas atividades laborativas.

Sustenta, por fim, que o receio de dano irreparável se evidencia na medida em que não pode trabalhar e não possui condições econômicas de subsistência.

É o breve relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese dos autos, tenho que os requisitos necessários para a antecipação dos efeitos da tutela recursal estão presentes.

Com efeito, nos termos do artigo 300, do CPC/2015, “*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”.

Portanto, a legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

No que tange ao *fumus boni iuris*, impende registrar que os **benefícios por incapacidade**, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de **aposentadoria por invalidez** (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de **auxílio-doença** (art. 59).

Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

No caso dos autos, não obstante a conclusão da perícia administrativa, o relatório médico do ID7854625, pág. 01, formalmente em termos, elaborado em 08/10/2018 (portanto, contemporâneo à perícia do INSS), evidencia que a parte agravante, que conta, atualmente, com 35 anos de idade e trabalha como metalúrgico, é portadora de quadro de tendinopatia de supra espinhoso e subescapular de ombro direito e bursite subacromiodeltoidea, artrose acrômio deltoidea e fissura glenoidal, impedindo-a de exercer a sua atividade habitual, o que conduz à conclusão de que foi indevida a cessação administrativa do auxílio-doença em 06/10/2018 (ID7854629).

Por outro lado, restou evidenciado, nos autos, que a parte agravante é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) meses, tanto que recebeu auxílio-doença até 06/10/2018, como se vê do ID7854629 (comunicação de decisão administrativa).

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Nesse sentido, é o entendimento desta C. Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIDA. AUXÍLIO-DOENÇA. RESTABELECIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

- Para a concessão do auxílio-doença, deve-se verificar a incapacidade do segurado para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias, qualidade de segurado(a) e um período de carência de 12 (doze) contribuições mensais (artigos 25, I, e 59, ambos da Lei 8.213/91).

- Preenchidos os requisitos de carência e qualidade de segurado, já que, conforme consta dos autos, o autor esteve em gozo de benefício de auxílio doença NB31/1.215.050.853-4, no período de 29.05.2016 a 06.07.2016 (fl.30), mantendo, pois, a qualidade de segurado, nos termos do art. 13, inc. II, do Decreto n.º 3.048/99, haja vista que a demanda subjacente foi ajuizada em 12.08.2016 (fl.15).

- Quanto à incapacidade do segurado para o trabalho, há indícios suficientes da presença deste requisito.

- Agravo desprovido.

(AI nº 0018910-94.2016.4.03.0000, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, DE 18/10/2017)

Com tais considerações, DEFIRO o efeito suspensivo ao agravo de instrumento e CONCEDO a tutela de urgência, determinando que a autarquia previdenciária implante o auxílio-doença em benefício da parte agravante no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Proceda a Subsecretaria à expedição de e-mail ao INSS, instruído com cópia dos documentos da parte agravante, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na implantação do benefício acima referido, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Comunique-se ao juízo *a quo* e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

/gabiv/asato

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029615-95.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

AGRAVANTE: ALAYDE RIBEIRO DE SOUZA

CURADOR: MARDOQUEU GONCALVES JUNIOR

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA LUCIA LOPES DE MORAES TOLLER - SP405512,

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por ALAYDE RIBEIRO DE SOUZA, representada por MARDOQUEU GONÇALVES JUNIOR, contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bebedouro/SP que, em sede de ação de conhecimento, objetivando a implantação do adicional de 25% sobre os proventos de aposentadoria por tempo de serviço, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Nas razões recursais, reafirma a necessidade do deferimento da antecipação de tutela, bem como argumenta com a presença dos requisitos ensejadores do referido provimento.

É o suficiente relatório.

Não entendo ser caso de concessão da tutela de urgência, ao menos neste momento processual.

Isto porque não há nos autos elementos "que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC).

O juiz de 1º grau, em razão da maior proximidade com a realidade dos autos (partes, provas e perícias), perpetrou análise condizente com a causa, concluindo pela negativa da tutela, em razão da necessária dilação probatória. Nestes termos, aliás, consignou na decisão, **verbis**:

" Vistos, etc.

1. A aferição do enquadramento no art. 45 da Lei de Benefícios, fundamento legitimante do acréscimo de 25%, independentemente da modalidade de aposentadoria, depende da realização de prova pericial, a ser produzida sob o crivo do contraditório. Consequentemente, não se vislumbra a presença dos requisitos para deferimento de tutela antecipada em caráter antecedente.

2. Na linha de sólida e reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "inexistindo prova inequívoca do direito pleiteado, não se pode conceder a tutela antecipada" (cf. STJ, REsp n. 164.195-SC, Rel. Min. Garcia Vieira).

3. Pelo exposto, indefiro o pedido de antecipação de tutela. Cite-se o INSS com urgência.

4. Com urgência, determino a realização de perícia, mediante cumprimento do item 3 supra, de modo a permitir a formulação de quesitos pelo INSS, o que deverá ser observado pela unidade cartorária, com observância das regras procedimentais inerentes à assistência judiciária.

5. Defiro os benefícios da assistência judiciária, ante o teor da prova documental apresentada.

6. Dê-se ciência ao Ministério Público.

Int."

No caso em tela, somente após a realização da referida prova pericial específica, seria viável a concessão provisória do benefício previdenciário.

De outro giro, consigno que a agravante percebe proventos de aposentadoria em valor que, em tese, assegura a manutenção de sua subsistência (fl. 18) e, não bastasse, a renda apurada pelo estudo social realizado junto à sua parentela permite concluir pela ausência do perigo de dano, caso a medida venha a ser concedida ao final.

Desta feita, respeitado o juízo discricionário do magistrado, não visualizo qualquer ilegalidade na decisão combatida em se exigir a submissão ao crivo do contraditório.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de antecipação da pretensão recursal.**

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Apresente a parte agravada a sua resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil vigente.

Após, vista ao Ministério Público Federal.

Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029979-67.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

AGRAVANTE: JOSE CARLOS HOFFMAN

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCINEIA CRISTINA MARTINS RODRIGUES - SP287131-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSÉ CARLOS HOFFMAN, contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Campinas que, em ação objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, indeferiu parcialmente a petição inicial e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir em relação ao pedido de reconhecimento da especialidade da atividade desempenhada no período de 01/10/1979 a 11/06/1980.

Não houve pedido de concessão de efeito suspensivo ou antecipação da pretensão recursal.

Intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do artigo 1019, inciso II, do Código de Processo Civil vigente.

Publique-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021830-82.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO

AGRAVANTE: MARIA DE FATIMA MENDES

Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRA MARIA LUCAS - SP250817

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por MARIA DE FÁTIMA MENDES contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Cachoeira Paulista/SP que, em sede de ação de conhecimento, objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Nas razões recursais reafirma a necessidade do deferimento da antecipação de tutela, bem como argumenta com a presença dos requisitos ensejadores do referido provimento.

É o suficiente relatório.

Não entendo ser caso de concessão da tutela de urgência, ao menos neste momento processual.

Isto porque não há nos autos elementos "que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC).

O juiz de 1º grau, em razão da maior proximidade com a realidade dos autos (partes, provas e perícias), perpetró análise condizente com a causa, concluindo pela negativa da tutela, em razão da necessária dilação probatória. Nestes termos, aliás, consignou na decisão, **verbis**:

"Vistos.

1. Diante dos documentos apresentados, defiro a gratuidade processual à parte autora. Anote-se.

2. Indefiro a implementação imediata do benefício pois, por ora, não há prova inequívoca do direito da parte autora para a concessão pleiteada ante a dúvida trazida pela decisão administrativa do Instituto réu e os documentos apresentados, razão pela qual a indefiro.

Ademais, no caso de procedência do pedido, a parte autora receberá todas as prestações devidas desde a apontada cessação indevida ou da citação (questão a ser enfrentada quando da prolação da sentença, se for o caso). Assim, com o indeferimento da tutela de urgência não se visualiza dano irreparável ou de difícil reparação a ser suportado pela parte autora. Ao contrário, em razão da característica alimentar do benefício postulado, no caso de improcedência do pedido, o réu não poderá reaver os valores pagos no curso do processo, onerando indevidamente os seus cofres e, por conseguinte, todos os seus segurados dado que se trata de um sistema contributivo.

2. O pedido de prova pericial será analisado quando do saneamento do processo.

3. Cite-se o réu, pelo rito ordinário, com as cautelas de praxe.

4 – Requisite-se à Agência do INSS cópia do procedimento administrativo da parte autora.

Intime-se."

No caso em tela, somente após a realização da referida prova pericial específica, seria viável a concessão provisória do benefício previdenciário.

Nesse sentido, a orientação desta Corte Recursal:

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIDO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.

1. Embora os documentos atestem a presença das doenças relatadas na inicial, não constituem prova inequívoca da alegada incapacidade atual para o trabalho.

2. Não obstante a natureza alimentar do benefício pleiteado, que constitui no caso dos autos o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, **evidencia-se a necessária dilação probatória, restando impossibilitada a antecipação da tutela pretendida.**

3. Agravo de instrumento provido. (grifos nossos)

(AI nº 0006399-64.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Paulo Domingues, 7ª Turma, DJe 21/10/2016).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO/RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. AUSENTES OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DA PARTE AUTORA IMPROVIDO.

1. O auxílio-doença é devido ao segurado que, após cumprida a carência exigida em lei, estiver incapacitado para o seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

2. **A questão demanda dilação probatória, já que os documentos apresentados não constituem prova inequívoca da alegada incapacidade para o trabalho, necessária à antecipação da tutela jurisdicional.**

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (grifos nossos).

(AI nº 0003892-33.2016.4.03.0000, Rel. Des. Federal Toru Yamamoto, 7ª Turma, DJe 16/08/2016)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

(...)

4. Os documentos acostados aos autos não permitem concluir-se pela incapacidade laborativa, nem pela existência de alguma patologia, não constituindo prova inequívoca da alegada incapacidade para o trabalho, eis que são praticamente ilegíveis, sequer permitindo a identificação de seus signatários ou das datas em que foram emitidos.

5. **Não obstante a natureza alimentar do benefício pleiteado, que constitui no caso dos autos o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, evidenciando-se a necessária dilação probatória, resta impossibilitada a antecipação da tutela pretendida.**

6. Agravo legal a que se nega provimento." (grifos nossos).

(AI nº 0010642-85.2015.4.03.0000, Rel. Juiz Fed. Conv. Miguel di Pierro, 7ª Turma, DJe 16/07/2015.)

Desta feita, respeitado o juízo discricionário do magistrado, não visualizo qualquer ilegalidade na decisão combatida em se exigir a submissão ao crivo do contraditório.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de antecipação da pretensão recursal.**

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Apresente a parte agravada a sua resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil vigente.

Intime-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 8ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000848-47.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: TATIANA MORENO BERNARDI COMIN - SP202491-N
AGRAVADO: GENESIO SEVERINO
Advogado do(a) AGRAVADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000848-47.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: TATIANA MORENO BERNARDI COMIN - SP202491-N
AGRAVADO: GENESIO SEVERINO
Advogado do(a) AGRAVADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face da decisão contida à fl. 36 no documento id. n.º 1607749, que, em sede de ação de conhecimento para a concessão de benefício previdenciário em fase de execução, deferiu requerimento para inclusão dos juros de mora até a data do precatório, aplicando entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n.º 579431.

Aduz que não obstante a REPERCUSSÃO GERAL reconhecida durante o julgamento do RE 579431 pelo STF, a referida decisão não se aplica enquanto não ocorrido o seu trânsito em julgado, podendo haver modulação dos efeitos.

Ademais, muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado o entendimento de que não é preciso aguardar o trânsito em julgado do acórdão que julga o recurso representativo da controvérsia para decidir aplicando a tese nele firmada (AgRg no REsp 1526008/PR), *in casu*, estão pendentes de apreciação os embargos declaratórios opostos em relação ao julgado no RE 579431.

Requeru a concessão do efeito suspensivo, bem como seja provido o presente agravo de instrumento **para afastara incidência dos juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação até a expedição do ofício requisitório**. Pedido urgente indeferido.

A parte agravada ofereceu resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000848-47.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: TATIANA MORENO BERNARDI COMIN - SP202491-N

AGRAVADO: GENESIO SEVERINO

Advogado do(a) AGRAVADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A

VOTO

Trata-se de execução complementar, em que requereu o autor da ação previdenciária, após o pagamento do precatório, em 25.07.2017 (fls. 5-6 do doc. id. n. 1607749), a execução de débito remanescente, referente à incidência de juros de mora subsequentes à conta de liquidação.

Acerca da questão da incidência dos juros de mora após a conta de liquidação, já decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n.º 579.431, permitindo que a contagem dos juros se de apenas até a data da requisição ou do precatório:

JUROS DA MORA - FAZENDA PÚBLICA - DÍVIDA - REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO.
Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

(RE 579431, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-145 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

De se salientar que, antes mesmo do referido julgamento este Tribunal já vinha entendendo pela possibilidade de incidência dos juros até a data do precatório/RPV, consoante se denota do julgado da Terceira Seção desta C. Corte, cuja ementa transcrevemos:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS ENTRE A DATA DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO/RPV. PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.

I - O dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação envolveu a questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data do pagamento do precatório/RPV.

IV - Cabível a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal. A apresentação da conta de liquidação em Juízo não cessa a incidência da mora, pois não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.

V - Entendimento que não se contrapõe às decisões proferidas pelas Cortes Superiores tidas como paradigmas para o julgamento dessa matéria.

V - Embargos infringentes parcialmente providos.

(EI Nº 0020944-72.2003.4.03.9999/SP, Rel. Des. Fed. Paulo Domingues, Terceira Seção, j. 25.02.2016, DJE 09.03.2016)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS APÓS A CONTA DE LIQUIDAÇÃO. INCIDÊNCIA ATÉ A DATA DA EXPEDIÇÃO DO REQUISITÓRIO.

1. Trata-se de execução complementar, em que requereu o autor da ação previdenciária, após o pagamento do precatório, em 25.07.2017, a execução de débito remanescente, referente à incidência de juros de mora subsequentes à conta de liquidação.

2. Acerca da questão da incidência dos juros de mora após a conta de liquidação, já decidiu O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n.º 579.431, permitindo que a contagem dos juros se de apenas até a data da requisição ou do precatório.

3. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 9ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007647-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. MARISA SANTOS

AGRAVANTE: VANDERCI BENEDITO RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIANO DA SILVA DARINI - SP229209-N, HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283-N, ISABELLA CHAUAR LANZARA - SP366888-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007647-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 30 - JUIZ FEDERAL CONVOCADO OTAVIO PORT

AGRAVANTE: VANDERCI BENEDITO RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIANO DA SILVA DARINI - SP229209, HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283, ISABELLA CHAUAR LANZARA - SP366888

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por VANDERCI BENEDITO RODRIGUES em razão da decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita, nos autos da ação objetivando a concessão de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição.

Sustenta que a simples afirmação da impossibilidade de custear as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência na própria inicial é suficiente para a obtenção do benefício. Alega que os documentos juntados comprovam sua hipossuficiência.

Deferido o efeito suspensivo.

O INSS não apresentou contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O artigo 98 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) dispõe que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

In casu, as informações constantes do CNIS permitem concluir acerca da ausência do direito à justiça gratuita.

Na inicial da ação originária, o agravante declarou exercer a profissão de operador de máquinas. As informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Social - CNIS demonstram o recebimento de salário com valor entre R\$3.500,00 e R\$5.600,00 no período de janeiro de 2015 a maio de 2017.

A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, inicialmente, depende apenas da declaração afirmando não haver condições de arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, sem que isso importe em prejuízo ao seu próprio sustento ou de sua família (arts. 98 ao 102 do CPC/2015).

A presunção de pobreza, para fins de concessão da gratuidade processual, possui caráter relativo, conforme se denota no § 2º do artigo 99 do Novo CPC, podendo ser indeferido pelo magistrado, caso exista prova concreta e alicerçada em sentido contrário.

No caso em análise, existe prova suficiente de que a parte detém condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo.

Ademais, os documentos juntados não são aptos a comprovar eventual situação de hipossuficiência econômica.

Nesse passo, cito precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DA PARTE A DESAUTORIZAR A CONCESSÃO DA BENESSE. APELO DESPROVIDO.-Embora a gratuidade judiciária seja concedida, em princípio, à vista de mera declaração da parte, trata-se de presunção relativa, a comportar prova em sentido contrário pelo adverso, sendo admissível ao juiz avaliar a real situação econômica do requerente, mesmo de ofício.- **Hipótese em que a impugnação à assistência judiciária gratuita revela o recebimento, pela demandante, de salário e benefício previdenciário, que, somados, suplantam a cifra de R\$ 3.500,00, compondo quadro de aptidão ao enfrentamento dos custos do processo.**- Conquanto aduza escassez de recursos para custeio de alimentação, vestimentas e medicamentos para si e respectiva prole, certo é que a proponente não carrou prova alguma de abalo ao orçamento doméstico, não desfazendo a avistada capacidade financeira ao adimplemento dos dispêndios relativos ao processo.- Apelação desprovida. (AC 00044505420154036106, DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)(destaquei)

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA . DESPROVIMENTO. - Afim de não privar os necessitados do indispensável acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), lhes foi assegurado o direito fundamental à assistência judiciária gratuita, com supedâneo no art. 5º, LXXIV, da CF, regulamentado pela Lei 1.060/50. - A princípio a concessão do benefício em tela depende de simples afirmação da parte, no sentido de não estar em condições de arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, sem que isso importe em prejuízo ao seu próprio sustento ou de sua família (art. 4º, caput, da Lei 1.060/50). Todavia, tal afirmação gera mera presunção relativa (juris tantum) de miserabilidade jurídica, podendo ser infirmada através de prova em contrário, a ser produzida pelo adversário, tal como preconizado pela mesma Lei 1.060/50, art. 4º, § 1º, e pela jurisprudência. - Não demonstrando a parte fazer jus ao benefício, a manutenção da sentença é medida que se impõe. Agravo legal a que se nega provimento (APELAÇÃO CÍVEL - 1880204, Processo: 0001398-39.2013.4.03.6100, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 22/10/2013, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2013, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO. ACOLHIMENTO FUNDAMENTADO PELO JUIZ. FACULDADE. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO INTERESSADO. NÃO INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE LEGAL DE NECESSITADO PARA FAZER JUS AO BENEFÍCIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o pedido de assistência judiciária gratuita pode ser instruído com declaração do interessado acerca de sua condição, ressalvada a faculdade do magistrado de negar o pedido no exame de circunstâncias do caso concreto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Caso em que a sentença acolheu a impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita em relação à ação civil pública nº 2009.61.19.006069-8, alegando que "A presunção de pobreza somente pode ser elidida pela existência de prova em contrário, a teor do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50. Todavia, trouxe aos autos o INSS provas da capacidade econômica do réu", razão pela qual não se amolda a hipótese legal de necessitado para fazer jus ao benefício. 3. Como bem ressaltou o Ministério Público Federal: "Nota-se, portanto, que o patrimônio e a atividade desenvolvida pelo apelante não condizem com o estado de pobreza declarado, não tendo sido demonstrado nos autos que o pagamento das custas processuais prejudicaria o seu sustento e de sua família". 4. Recurso a que se nega provimento (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1568148, Processo: 0011773-81.2009.4.03.6119, UF: SP, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 18/04/2013, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2013, Relator: JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN).

Oportuno mencionar, ainda, as **Resoluções de nº 133 e 134 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União – DPU**, que, ao dispor sobre critérios e parâmetros para verificação da hipossuficiência, estipularam o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) como presunção de necessidade.

As referidas Resoluções entraram em vigor em 1º de janeiro de 2017 e, considerados adequados os parâmetros propostos, tem-se por oportuno a adoção dos mesmos critérios.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Exmo. Juiz Federal Convocado Otávio Port: Agravo de Instrumento objetivando a concessão da justiça gratuita, em que foi constatada a inadequada aplicação do artigo 942 do CPC em seu julgamento, uma vez que não envolve questão de mérito.

Submeto dessa forma à Nona Turma esta Questão de Ordem, para que seja retificada a proclamação do resultado, de 04/12/2017, nos seguintes termos: **“A Nona Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, Juiz Federal Convocado Otávio Port, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, vencido o Desembargador Federal Gilberto Jordan, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Relator”**.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Desembargador Federal Gilberto Jordan:

Com a devida vênia, divirjo da E. Relator(a).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, dispôs que:

"Art. 5º. Omissis.

LXXIX. O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Da análise do dispositivo constitucional acima transcrito, temos que a Carta Maior estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Atualmente, parte da matéria relativa à gratuidade da Justiça está disciplinada no Código de Processo Civil, dentre os quais destaco o art. 98, *caput*, *in verbis*:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Com isto, objetivou o legislador ordinário justamente facilitar o acesso à Justiça àqueles que, necessitando acionar o Poder Judiciário para a defesa de seus interesses, não o fazem em razão de simples insuficiência de recurso e não mais por que trarão prejuízo de sua manutenção e de sua família.

O pedido será formulado mediante mera petição ao Juízo, que somente o indeferirá mediante elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressuposto (inteligência do art. 99, *caput* c.c. §2º, do CPC/15.).

Por seu turno, o texto do artigo 5º, do mesmo diploma legal, é explícito ao afirmar que se o juiz não tiver fundadas razões para indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, deverá julgá-lo de plano.

A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça

Conforme se depreende dos autos, restou consignada a alegação da parte interessada acerca da sua insuficiência de recursos. Observo que tal afirmação, por si só, é capaz de ensejar as consequências jurídicas, para possibilitar o acolhimento do pedido, pois se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Cabe a parte contrária impugnar a alegação de insuficiência de recursos e não o Juiz "ex officio" fazer tal impugnação, cabe apenas ao Juiz indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade.

E mais, se comprovada a falsidade da declaração, ocorrerá a revogação do benefício e a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Frise-se que o benefício é concedido em caráter precário, pois se alterada sua situação financeira de modo que lhe permita arcar com as custas processuais e honorários advocatícios o benefício é cassado.

Não é por outra razão que vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Registro, também, que diversa é a situação de quem necessita da **assistência judiciária integral e gratuita** e de quem necessita da **gratuidade da judiciária ou justiça gratuita**.

A **assistência jurídica** é o gênero que tem como espécie a gratuidade judiciária. Fundamenta-se no art. 5º, inciso LXXIV, onde diz que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (CAHALI, 2004, p. 28).

Segundo Ruy Pereira Barbosa, a "assistência jurídica significa não só a assistência judiciária que consiste em atos de estar em juízo onde vem a justiça gratuita, mas também a pré-judiciária e a extrajudicial ou extrajudiciária. A assistência jurídica compreende o universo, isto é, o gênero" (1998, p. 62).

Este instituto é matéria de ordem administrativa, pois está direcionado ao Estado para, através das Defensorias Públicas, dar advogado àqueles que não têm condições financeiras de contratar um causídico particular para defender seus interesses num processo judicial.

No caso em espécie, não estamos tratando da assistência judiciária integral e gratuita, mas do benefício da justiça gratuita, que é bem mais restritivo quanto a sua abrangência.

A **gratuidade judiciária ou justiça gratuita** é a espécie do gênero assistência jurídica, e refere-se à isenção todas as custas e despesas judiciais e extrajudiciais relativas aos atos indispensáveis ao andamento do processo até o seu provimento final. Engloba as custas processuais e todas as despesas provenientes do processo.

Este instituto é matéria de ordem processual, haja vista que a gratuidade judiciária ou justiça gratuita está condicionada à comprovação pelo postulante de sua carência econômica, perante o próprio Juiz da causa, como está previsto no art.5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, norma que deve ser interpretada em consonância com o § 3º do art. 99 do CPC/2015, que prescreve:

"Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Consigno que é desnecessário ser miserável, ou passar por situações vexatórias, ou ser o interessado obrigado a fazer prova negativa para ter reconhecido o seu direito a concessão gratuidade da justiça.

Reitero que a lei determina o deferimento a quem carece de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, mediante simples alegação de insuficiências de recursos. A lei não impõe nenhum outro requisito que não o de não possuir recursos para tais finalidades.

Em que pese o atual Código de Processo Civil ter revogado os arts. 2º, 3º e 4º da Lei 1.060/1950, o teor quanto ao requisito para a concessão da gratuidade não restou alterado.

Confira-se, a jurisprudência sobre o tema, que apesar de ser anterior ao atual CPC/15, ainda, é atual:

"CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. A garantia do art. 5º, LXXIV - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV).

II.R.E. não conhecido."

(STF, RE 205746/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ.28.02.1997, pág 04080)

"PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO E PARTILHA DE BENS. PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. INDEFERIMENTO DE PLANO DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ASSISTENCIA JUDICIARIA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DA PARTE. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE O ADVOGADO NÃO ESTAR SENDO REMUNERADO. PRESUNÇÃO. RECURSO PROVIDO. I - PELO SISTEMA LEGAL VIGENTE, FAZ JUS A PARTE AOS BENEFÍCIOS DA ASSISTENCIA JUDICIARIA, MEDIANTE SIMPLES AFIRMAÇÃO, NA PRÓPRIA PETIÇÃO, DE QUE NÃO ESTA EM CONDIÇÕES DE PAGAR AS CUSTAS DO PROCESSO E OS HONORARIOS DE ADVOGADO, SEM PREJUZO PROPRIO OU DE SUA FAMILIA. II - O DEFERIMENTO DA GRATUIDADE, GARANTIA ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE AOS ECONOMICAMENTE HIPOSSUFICIENTES (CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXXIV), NÃO EXIGE QUE A PARTE DEMONSTRE QUE O ADVOGADO NÃO ESTA SENDO POR ELA REMUNERADO. III - ENQUANTO A JUSTIÇA GRATUITA ISENTA DE DESPESAS PROCESSUAIS E CONDENAÇÃO EM HONORARIOS ADVOCATICIOS, A ASSISTENCIA JUDICIARIA, MAIS AMPLA, ENSEJA TAMBEM O PATROCINIO POR PROFISSIONAL HABILITADO. IV - CARACTERIZA CERCEAMENTO DE DEFESA O INDEFERIMENTO, DE PLANO, DA INICIAL DE AÇÃO QUE PRETENDEU O RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO E PARTILHA DE BENS, COM PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS, SEM POSSIBILITAR A PARTE A PRODUÇÃO DE QUALQUER PROVA, NOTADAMENTE EM SE TRATANDO DE ALEGADO RELACIONAMENTO DE MAIS DE TRINTA ANOS." (RESP 199600194610, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:08/06/1998 PG:00113 LEXSTJ VOL.:00110 PG:00127 RSTJ VOL.:00115 PG:00326 .DTPB:.)

Por fim, ainda que se fixasse a concessão do benefício da justiça gratuita ao número de salários mínimos, ainda, que ganhe 10 (dez) salários mínimos, como já se quis entender como sendo um requisito objetivo para a concessão o não do benefício, não se pode olvidar que o salário-mínimo real para garantir a subsistência de uma família, frise-se subsistência, foi calculado pelo DIEESE em R\$ 3.869,92, para maio de 2017 (<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMínimo.html>), de modo que a renda auferida pela parte autora, a título de rendimentos mensais, afigura-se condizente com a declaração de insuficiência de recursos.

É de se ressaltar que no caso em espécie estamos tratando do benefício à pessoa natural, cuja situação financeira, numa economia instável como a nossa, que lhe ceifa, constantemente, à capacidade de saldar despesas imediatas básicas como: alimentação, vestuário, assistência médica, afora gastos com água e luz.

Ressalta-se aqui, mesmo se a condição econômica da pessoa natural interessada na obtenção da gratuidade da justiça for boa, mas se sua situação financeira for ruim ele tem direito ao benefício, pois são conceitos distintos o de situação econômica e o de situação financeira.

Portanto, a matéria refoge do âmbito de um critério objetivo ancorado na conversão da renda do autor em salários mínimos.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RENDA MENSAL INFERIOR A CINCO SALÁRIOS MÍNIMOS. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS ARTS. 4º E 5º DA LEI N. 1.060/50

1. Rejeitam-se os embargos declaratórios quando, no acórdão embargado, não há nenhum dos vícios previstos no art. 535, I e II, do CPC.

2. A decisão sobre a concessão de assistência judiciária amparada em critério objetivo (remuneração inferior a cinco salários mínimos), sem considerar a situação financeira do requerente, configura violação dos arts. 4º e 5º da Lei n. 1.060/50

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no AREsp 753.672/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. PROCESSO CIVIL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. RENDIMENTO INFERIOR A DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS. CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Na linha da orientação jurisprudencial desta Corte, a decisão sobre a concessão da assistência judiciária gratuita amparada em critérios distintos daqueles expressamente previstos na legislação de regência, tal como ocorreu no caso (remuneração líquida inferior a dez salários mínimos), importa em violação aos dispositivos da Lei nº 1.060/1950, que determinam a avaliação concreta sobre a situação econômica da parte interessada com o objetivo de verificar a sua real possibilidade de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1437201/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014).

Assim, o simples exame do valor dos rendimentos mensais percebidos pela pessoa natural requerente do benefício, não afasta a força probante de sua alegação de ausência de recursos, para o custeio das custas processuais e demais emolumentos, devendo o benefício ser concedido.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para deferir o benefício da Justiça Gratuita à parte autora.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA.

I – As informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Social - CNIS demonstram o recebimento de salário com valor entre R\$3.500,00 e R\$5.600,00 no período de janeiro de 2015 a maio de 2017.

II – A presunção de pobreza, para fins de concessão da gratuidade processual, possui caráter relativo, conforme se denota no § 2º do artigo 99 do Novo CPC, podendo ser indeferido pelo magistrado, caso exista prova concreta e alicerçada em sentido contrário.

III – No caso em análise, existe prova suficiente de que a parte detém condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo.

IV – Os documentos juntados não são aptos a comprovar eventual situação de hipossuficiência econômica.

V – As Resoluções de nº 133 e 134 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União – DPU, que, ao dispor sobre critérios e parâmetros para verificação da hipossuficiência, estipularam o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) como presunção de necessidade. As referidas Resoluções entraram em vigor em 1º de janeiro de 2017 e, considerados adequados os parâmetros propostos, tem-se por oportuno a adoção dos mesmos critérios.

VI - Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Nona Turma, por unanimidade, decidiu acolher a Questão de Ordem, para que seja retificada a proclamação do resultado na sessão de julgamento de 04/12/2017, nos seguintes termos: Inaplicável ao caso em apreço a técnica de julgamento prevista no inciso II, do parágrafo 3º do art. 942 do NCPC. A Nona Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, Juiz Federal Convocado Otávio Port, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, vencido o Desembargador Federal Gilberto Jordan, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007647-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. MARISA SANTOS

AGRAVANTE: VANDERCI BENEDITO RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIANO DA SILVA DARINI - SP229209-N, HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283-N, ISABELLA CHAUAR LANZARA - SP366888-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Tendo em vista o equívoco quanto à assinatura dos documentos com ID nºs 8005008, 1293489, 1293675 e 1293493, encaminhe-se ao Exmo. Juiz Federal Otávio Port.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007647-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. MARISA SANTOS

AGRAVANTE: VANDERCI BENEDITO RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIANO DA SILVA DARINI - SP229209-N, HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283-N, ISABELLA CHAUAR LANZARA - SP366888-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Tendo em vista o quanto informado no despacho (ID 11150051), transcrevo abaixo o inteiro teor dos documentos ali indicados, para fins de publicação:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007647-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 30 - JUIZ FEDERAL CONVOCADO OTAVIO PORT

AGRAVANTE: VANDERCI BENEDITO RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIANO DA SILVA DARINI - SP229209, HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283, ISABELLA CHAUAR LANZARA - SP366888

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

Agravo de instrumento interposto por VANDERCI BENEDITO RODRIGUES em razão da decisão que indeferiu o pedido de justiça gratuita, nos autos da ação objetivando a concessão de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição.

Sustenta que a simples afirmação da impossibilidade de custear as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência na própria inicial é suficiente para a obtenção do benefício. Alega que os documentos juntados comprovam sua hipossuficiência.

Deferido o efeito suspensivo.

O INSS não apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007647-43.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 30 - JUIZ FEDERAL CONVOCADO OTAVIO PORT

AGRAVANTE: VANDERCI BENEDITO RODRIGUES

Advogados do(a) AGRAVANTE: FABIANO DA SILVA DARINI - SP229209, HENRIQUE AYRES SALEM MONTEIRO - SP191283, ISABELLA CHAUAR LANZARA - SP366888

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

O artigo 98 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) dispõe que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

In casu, as informações constantes do CNIS permitem concluir acerca da ausência do direito à justiça gratuita.

Na inicial da ação originária, o agravante declarou exercer a profissão de operador de máquinas. As informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Social - CNIS demonstram o recebimento de salário com valor entre R\$3.500,00 e R\$5.600,00 no período de janeiro de 2015 a maio de 2017.

A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, inicialmente, depende apenas da declaração afirmando não haver condições de arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, sem que isso importe em prejuízo ao seu próprio sustento ou de sua família (arts. 98 ao 102 do CPC/2015).

A presunção de pobreza, para fins de concessão da gratuidade processual, possui caráter relativo, conforme se denota no § 2º do artigo 99 do Novo CPC, podendo ser indeferido pelo magistrado, caso exista prova concreta e alicerçada em sentido contrário.

No caso em análise, existe prova suficiente de que a parte detém condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo.

Ademais, os documentos juntados não são aptos a comprovar eventual situação de hipossuficiência econômica.

Nesse passo, cito precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

*PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DA PARTE A DESAUTORIZAR A CONCESSÃO DA BENEFICÊNCIA. APELO DESPROVIDO.-Embora a gratuidade judiciária seja concedida, em princípio, à vista de mera declaração da parte, trata-se de presunção relativa, a comportar prova em sentido contrário pelo adverso, sendo admissível ao juiz avaliar a real situação econômica do requerente, mesmo de ofício.- **Hipótese em que a impugnação à assistência judiciária gratuita revela o recebimento, pela demandante, de salário e benefício previdenciário, que, somados, suplantam a cifra de R\$ 3.500,00, compondo quadro de aptidão ao enfrentamento dos custos do processo.**- Conquanto aduza escassez de recursos para custeio de alimentação, vestimentas e medicamentos para si e respectiva prole, certo é que a proponente não carrou prova alguma de abalo ao orçamento doméstico, não desfazendo a avistada capacidade financeira ao adimplemento dos dispêndios relativos ao processo.- Apelação desprovida. (AC 00044505420154036106, DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (destaque)*

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA . DESPROVIMENTO. - Afim de não privar os necessitados do indispensável acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), lhes foi assegurado o direito fundamental à assistência judiciária gratuita, com supedâneo no art. 5º, LXXIV, da CF, regulamentado pela Lei 1.060/50. - A princípio a concessão do benefício em tela depende de simples afirmação da parte, no sentido de não estar em condições de arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, sem que isso importe em prejuízo ao seu próprio sustento ou de sua família (art. 4º, caput, da Lei 1.060/50). Todavia, tal afirmação gera mera presunção relativa (juris tantum) de miserabilidade jurídica, podendo ser infirmada através de prova em contrário, a ser produzida pelo adversário, tal como preconizado pela mesma Lei 1.060/50, art. 4º, § 1º, e pela jurisprudência. - Não demonstrando a parte fazer jus ao benefício, a manutenção da sentença é medida que se impõe. Agravo legal a que se nega provimento (APELAÇÃO CÍVEL - 1880204, Processo: 0001398-39.2013.4.03.6100, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 22/10/2013, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2013, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO. ACOLHIMENTO FUNDAMENTADO PELO JUIZ. FACULDADE. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO INTERESSADO. NÃO INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE LEGAL DE NECESSITADO PARA FAZER JUS AO BENEFÍCIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que o pedido de assistência judiciária gratuita pode ser instruído com declaração do interessado acerca de sua condição, ressalvada a faculdade do magistrado de negar o pedido no exame de circunstâncias do caso concreto. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Caso em que a sentença acolheu a impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita em relação à ação civil pública nº 2009.61.19.006069-8, alegando que "A presunção de pobreza somente pode ser elidida pela existência de prova em contrário, a teor do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50. Todavia, trouxe aos autos o INSS provas da capacidade econômica do réu", razão pela qual não se amolda a hipótese legal de necessitado para fazer jus ao benefício. 3. Como bem ressaltou o Ministério Público Federal: "Nota-se, portanto, que o patrimônio e a atividade desenvolvida pelo apelante não condizem com o estado de pobreza declarado, não tendo sido demonstrado nos autos que o pagamento das custas processuais prejudicaria o seu sustento e de sua família". 4. Recurso a que se nega provimento (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1568148, Processo: 0011773-81.2009.4.03.6119, UF: SP, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 18/04/2013, Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/04/2013, Relator: JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN).

Oportuno mencionar, ainda, as **Resoluções de nº 133 e 134 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União – DPU**, que, ao dispor sobre critérios e parâmetros para verificação da hipossuficiência, estipularam o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) como presunção de necessidade.

As referidas Resoluções entraram em vigor em 1º de janeiro de 2017 e, considerados adequados os parâmetros propostos, tem-se por oportuno a adoção dos mesmos critérios.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Exmo. Juiz Federal Convocado Otávio Port: Agravo de Instrumento objetivando a concessão da justiça gratuita, em que foi constatada a inadequada aplicação do artigo 942 do CPC em seu julgamento, uma vez que não envolve questão de mérito.

Submeto dessa forma à Nona Turma esta Questão de Ordem, para que seja retificada a proclamação do resultado, de 04/12/2017, nos seguintes termos: **“A Nona Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, Juiz Federal Convocado Otávio Port, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, vencido o Desembargador Federal Gilberto Jordan, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Relator”**.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA.

I – As informações extraídas do Cadastro Nacional de Informações Social - CNIS demonstram o recebimento de salário com valor entre R\$3.500,00 e R\$5.600,00 no período de janeiro de 2015 a maio de 2017.

II – A presunção de pobreza, para fins de concessão da gratuidade processual, possui caráter relativo, conforme se denota no § 2º do artigo 99 do Novo CPC, podendo ser indeferido pelo magistrado, caso exista prova concreta e alicerçada em sentido contrário.

III – No caso em análise, existe prova suficiente de que a parte detém condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo.

IV – Os documentos juntados não são aptos a comprovar eventual situação de hipossuficiência econômica.

V – As Resoluções de nº 133 e 134 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União – DPU, que, ao dispor sobre critérios e parâmetros para verificação da hipossuficiência, estipularam o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) como presunção de necessidade. As referidas Resoluções entraram em vigor em 1º de janeiro de 2017 e, considerados adequados os parâmetros propostos, tem-se por oportuno a adoção dos mesmos critérios.

VI - Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Nona Turma, por unanimidade, decidiu acolher a Questão de Ordem, para que seja retificada a proclamação do resultado na sessão de julgamento de 04/12/2017, nos seguintes termos: Inaplicável ao caso em apreço a técnica de julgamento prevista no inciso II, do parágrafo 3º do art. 942 do NCPC. A Nona Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, Juiz Federal Convocado Otávio Port, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, vencido o Desembargador Federal Gilberto Jordan, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.”

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

APELAÇÃO (198) Nº 5006178-98.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ROSIMEIRE QUEIROZ DE SOUZA, ROSELY QUEIROZ SOUZA
Advogado do(a) APELADO: JANAINA CORREA BARRADA - MS14978-A
Advogado do(a) APELADO: JANAINA CORREA BARRADA - MS14978-A

DESPACHO

Considerando a decisão proferida na proposta de afetação no **REsp nº 1.381.734/RN**, que determinou a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, *que versem acerca da questão de devolução de valores recebidos de boa-fé, em razão de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da administração da previdência social*, determino o sobrestamento do presente feito, com fulcro no art. 313, inciso IV do Novo CPC, pelo prazo de um (01) ano ou até julgamento do referido recurso pelo C.STJ.

Após intimação das partes, proceda a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

São Paulo, 14 de dezembro de 2018.

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

HABEAS CORPUS (307) Nº 5028692-69.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

IMPETRANTE: MARCO ANTONIO CHIES MARTINS, BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO, PAULA SION DE SOUZA NAVES, BRENDA BORGES DIAS, CECÍLIA VILLAR

PACIENTE: JOAO GRINSPUM FERRAZ, ISA GRINSPUM FERRAZ

Advogado do(a) IMPETRANTE: BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO - SP286469

Advogado do(a) PACIENTE: BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO - SP286469

Advogado do(a) PACIENTE: BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO - SP286469

Advogado do(a) IMPETRANTE: BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO - SP286469

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP - 3ª VARA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Paula Sion de Souza Naves, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Marco Antonio Chies Martins, Brenda Borges Dias e Cecília Villar em favor de ISA GRINSPUM FERRAZ e JOÃO GRINSPUM FERRAZ contra ato da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP que, após o oferecimento de resposta escrita à acusação, determinou o prosseguimento da ação penal nº 0003237-18.2017.403.6114, em que se imputa aos pacientes a prática dos crimes previstos no art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 312, *caput*, do Código Penal, ambos c.c. art. 29 deste mesmo Código, apurados na Operação denominada *Hefesta*.

Narram os impetrantes, em síntese, que os pacientes foram denunciados “pela suposta prática dos crimes de fraude à licitação e peculato, supostamente cometidos durante a concepção do MUSEU DO TRABALHO E DO TRABALHADOR DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP (‘MTT’), porque “teriam prestado auxílio (i) para a prática da fraude em licitação, beneficiando-se com a celebração de contratos públicos, e (ii) para que funcionários públicos desviassem valores que detinham em razão do cargo, em proveito próprio e alheio”.

Sustentam, no entanto, que “JOÃO e depois ISA, foram convidados para participar, pontualmente, da equipe de conteúdo que deveria desenvolver o Estudo Museológico do MTT”; que “[f]oram contratados pela empresa APIACÁS ARQUITETOS LTDA, empresa essa que por sua vez fora contratada pela HAGAPLAN ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA”, esta sim “parte de um consórcio contratado pela PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO”.

Alegam que “os PACIENTES prestaram devidamente os serviços para os quais foram contratados”; “ISA GRINSPUM foi remunerada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e JOÃO GRINSPUM FERRAZ em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sendo que nenhum desses valores advieram dos cofres públicos, mas sim de seus contratantes, pessoas privadas”, de modo que a denúncia é inepta, vez que “entre as condutas atribuídas aos PACIENTES e a contratação com o Poder Público, existem ao menos três relações intermediárias, todas eminentemente privadas”; “os PACIENTES prestaram serviços pontuais para a equipe de conteúdo que auxiliou na confecção do Estudo Museológico do MTT, cujo encargo foi passado pela PREFEITURA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO ao CONSÓRCIO ENGER-HAGAPLAN-PLANSERVI, que contratou a APIACÁS ARQUITETOS para seu desenvolvimento”; “os PACIENTES não celebraram qualquer contrato público ou participaram de transações com o Poder Público oriundas de uma suposta fraude à licitação”.

A defesa aduz, ainda, que não se extrai da narrativa ministerial a apropriação de dinheiro público ou o auxílio a essa prática pelos PACIENTES”, isso porque “[n]o momento em que eles contribuíram para o projeto, o dinheiro já havia sido pago pela Prefeitura ao CONSÓRCIO, que por sua vez já havia pago a APIACÁS”, e “nem ISA e nem JOÃO participaram por qualquer modo dessas contratações e, sequer, conheciam as empresas que compõem o CONSÓRCIO ENGER-HAGAPLAN-PLANSERVI, tampouco seus sócios”.

E, ato contínuo, que não há justa causa para a ação penal, “vez que os elementos coligidos em relação aos PACIENTES se circunscreveram: i) aos depoimentos de PAULO RIBEIRO FONTES e FRANCISCO BARBOSA MACEDO, dos quais não se extraiu qualquer elemento incriminatório, mas apenas a narrativa da participação dos PACIENTES na confecção do Estudo Museológico e ii) aos extratos de movimentação bancária da APIACÁS, que demonstram que essa empresa fez pagamentos para JOÃO GRINSPUM FERRAZ”, não havendo “um elemento sequer que demonstre a participação de JOÃO ou ISA em arranjos destinados à dispensa indevida de licitação”, ou “que aponte que qualquer um deles auxiliou funcionários públicos a desviar valores da administração.”.

Pleiteiam, por isso, que seja suspensa a ação penal originária, até o julgamento do presente *writ*.

A autoridade impetrada prestou informações (ID 7860669).

É o relatório. **DECIDO.**

Ao examinar os autos não verifico, nesse juízo de cognição sumária, a existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, por parte da autoridade impetrada, que justifique a concessão da medida liminar.

No que tange às alegações de inépcia da denúncia e ausência de justa causa, anoto que conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a suspensão ou o trancamento de ação penal, dada a sua excepcionalidade, só tem cabimento quando os fatos nela veiculados não constituem justa causa para a persecução penal. A propósito, trago a título exemplificativo, as seguintes ementas de acórdão:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. INVIABILIDADE NA ESPÉCIE DA ANÁLISE DA ALEGADA ATIPICIDADE: NECESSIDADE DE INCURSÃO NOS FATOS E PROVAS DA CAUSA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO EXCEPCIONAL TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA CASTRENSE: ACÓRDÃO COMBATIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO CUMPRIDO PELA POLÍCIA MILITAR: POSSIBILIDADE. ORDEM DEENEGADA. (...) II - É inviável, na via estreita do habeas corpus, o exame da atipicidade da conduta, por pressupor a indevida incursão nos fatos e provas da causa, sobretudo se consideradas as conclusões das instâncias antecedentes de que, à época dos fatos, o paciente não mais integrava os quadros da Polícia Militar do Estado do Paraná. III - O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta, (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre na situação sob exame. (...) VI - Ordem denegada. (HC 137.575/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.06.2017, DJe-135 DIVULG 21.06.2017, PUBLIC 22.06.2017)

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. 2. Crimes contra a administração pública, a fé pública, a ordem tributária, o sistema financeiro e lavagem de capitais. 3. Nulidades na ação penal. Inocorrência. 4. Denúncia que satisfaz os requisitos exigidos pelo CPP. Justa causa configurada. 5. Pedido de trancamento da ação penal. 6. A jurisprudência do STF consolidou entendimento de que o trancamento do feito só é possível em situações excepcionais, desde que constatada, sem necessidade de dilação probatória, inequívoca improcedência do pedido, seja pela patente inocência do acusado, seja pela atipicidade ou extinção da punibilidade, hipóteses que não se verificam no caso. 7. Necessidade de prosseguimento na busca da verdade real. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC-AgR 125.787/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.06.2015, DJe 31.07.2015)

No caso, consta da denúncia (IDs 7803609 e 7803611) que “um grupo de pessoas de forma organizada e permanente, se associou para a prática de delitos diversos contra a Administração Pública (Federal e Municipal), ao longo do processo de construção do Museu do Trabalho e do Trabalhador”, projeto político de Luiz Marinho, Prefeito de São Bernardo do Campo entre 2009 e 2016, e que “o projeto de construção do MIT já estava, desde o início, direcionado para um grupo pré-determinado de empresários, os quais estavam cientes e anuíram com os crimes necessários à consecução do objetivo, sobretudo os que burlavam a oferta pública da obra, dentre eles os sócios-gerentes do escritório BRASIL ARQUITETURA LTDA, os denunciados FRANCISCO DE PAIVA FANUCCI e MARCELO CARVALHO FERRAZ, ambos arquitetos e coautores do estudo preliminar de arquitetura, do projeto básico de arquitetura, do projeto executivo de arquitetura e do projeto de expografia”.

Consta, ainda, da peça acusatória que os profissionais envolvidos no projeto, dentre eles, **os pacientes ISA GRINSPUM FERRAZ**, socióloga, e **JOÃO GRINSPUM FERRAZ**, bacharel em Relações Internacionais, respectivamente esposa e filho de Marcelo Carvalho Ferraz, foram contratados pela Administração Pública mediante a interposição de pessoas jurídicas, em função de vínculos de parentesco e amizade com Francisco e Marcelo, os quais mantinham vínculos de amizade com os agentes públicos, sem qualquer procedimento licitatório, embora conscientes de que executavam estudos e projetos técnicos de uma obra pública, custeada com recursos públicos.

E que, as provas reunidas demonstram que os denunciados, em conluio, atentando contra o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios necessários à contratação do projeto e à execução da obra supracitada, causaram dano ao erário estimado em R\$ 2.345.578,00 (dois milhões, trezentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e setenta e oito reais).

Pois bem. Não é possível reconhecer, neste juízo de cognição sumária, a inépcia da denúncia, pois, em princípio, os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal foram atendidos, com a narrativa das condutas ilícitas imputadas aos pacientes, de suposta participação na empreitada criminosa quando da elaboração do “Estudo Museológico” do MTT, bem como dos indícios de autoria aferíveis a partir dos elementos constantes dos autos.

É compreensível o inconformismo dos impetrantes - defensores dos pacientes - com a decisão que confirmou o recebimento da denúncia, não obstante esteja ela devidamente fundamentada. No entanto, na fase processual em que se encontra o feito de origem vigora o princípio *in dubio pro societate*, não sendo necessária a mesma certeza que se exige para a condenação.

Considerando, outrossim, que a ação penal em questão é complexa, envolvendo inúmeras imputações a elevado grupo de acusados, não me parece razoável suspender a marcha processual, nessa fase inicial, diante da certeza de dano considerável ao Erário e com indícios da participação dos pacientes no evento danoso, colhidos na Investigação Criminal nº 1.34.011.000659/2016-79, no Inquérito Policial nº 0007634-57.2016.403.6114 e na Representação Criminal nº 0007637-12.2016.406.6114 (ID 7803609).

Mais atende ao interesse público o prosseguimento do feito, de modo a permitir a identificação dos culpados pelos crimes catalogados na denúncia, na dialética processual da ampla defesa e do contraditório regular, sem olvidar que a dúvida opera a favor do réu.

Dessa forma, não vislumbro, ao menos neste momento, manifesta inépcia na denúncia ou ausência de justa causa.

Posto isso, **INDEFIRO** o pedido de liminar, sem prejuízo da posterior reapreciação das questões trazidas no *writ*, no julgamento pelo colegiado.

Dê-se vista à Procuradoria Regional da República, para manifestação, retornando, oportunamente, conclusos.

Providencie-se o necessário. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031629-52.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI

IMPETRANTE: MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH, PAULO HENRIQUE SANTOS GOMEZ, STEPHANIE ALVES REIS, THOMAS LUSTRI DE FELIPE, OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI, PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO, VINICIUS ANDRE DE SOUSA, BRUNO HENRIQUE DE MOURA

PACIENTE: LORENA DUARTE ROSIQUE

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogados do(a) PACIENTE: MARINA GABRIELA DE OLIVEIRA TOTH - SP302670, STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

Advogado do(a) IMPETRANTE: STEPHANIE ALVES REIS - SP385073

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS - 9ª VARA FEDERAL

D E C I S Ã O

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LORENA DUARTE ROSIQUE, contra decisão do Juízo da 9ª Vara Federal Criminal de Campinas, “que deixou de reconhecer que a paciente cumpre os requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo”.

Segundo os impetrantes, a paciente foi presa em flagrante, no dia 25/11/2015, no Aeroporto Internacional de Viracopos, em Campinas/SP, trazendo em sua bagagem, 255 frascos de medicamentos, sendo 85 de Melatonina e 170 de DHEA, acompanhados de seis receitas médicas, pela suposta prática do crime do art. 273, §1º-B, I, do Código Penal.

Narram os impetrantes que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, a qual foi posteriormente substituída por medidas cautelares diversas, por força da ordem de *habeas corpus* concedida por este Tribunal nos autos nº 0028541-96.2015.4.03.0000.

De acordo com a impetração, o Ministério Público Federal ofereceu, em 14/07/2017, denúncia contra a ora paciente, imputando-lhe a prática do crime do art. 273, §1º-B, I, do Código Penal. Após a apresentação da resposta à acusação, o Juízo impetrado realizou a *emendatio libelli* antecipada e alterou a capitulação jurídica dos fatos descritos na denúncia para o crime do art. 334-A, §1º, II, do Código Penal.

Segundo os impetrantes, o crime imputado à paciente não se consumou e, portanto, considerando a diminuição pela tentativa (art. 14, II, do Código Penal), a pena mínimo do delito seria inferior a um ano, o que revela a ilegalidade da decisão apontada como coatora que indeferiu o pedido da defesa de suspensão condicional do processo.

É o relatório do essencial.

DECIDO.

Alegam os impetrantes que estaria caracterizado constrangimento ilegal, já que, conquanto a paciente fizesse jus, não teria havido proposta de suspensão condicional processual.

Não vislumbro os fundamentos necessários à concessão da liminar pretendida.

Inicialmente, anoto que, a defesa da ora paciente não requereu, expressamente, à autoridade impetrada, a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para análise da possibilidade de suspensão condicional do processo.

Assim, sem provocação do Juízo apontado como coator, parece-me prematuro falar em ato ilegal decorrente da mera omissão na prática de ato de ofício.

Além disso, dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 acerca do instituto da suspensão condicional do processo:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.” – grifei

Trata-se de ato bilateral, oferecendo o Ministério Público a proposta, que será ou não aceita pelo réu, cabendo ao Juiz, após o recebimento da denúncia, suspender o processo e determinar as condições de cumprimento durante o período de prova.

Assim, a suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado, ao revés, tal instituto tem natureza jurídica de transação penal, tratando-se de poder-dever do titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de sua aplicação.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APARENTE OCUPAÇÃO INDEVIDA DE TERRAS DA UNIÃO. ART. 20 DA LEI N. 4.947/66. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CRIME PERMANENTE. NÃO CESSAÇÃO DA OCUPAÇÃO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS IMPUTADOS. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DE MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CABIMENTO. DESIGNAÇÃO DE OPORTUNA AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA PARA LAVRATURA DE TERMO DE COMPROMISSO.

(...)

9. "A suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada." (HC 218.785/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe 11/9/2012.) (...)."

(APN 201700630719, HUMBERTO MARTINS - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:27/10/2017 - Grifei);

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida."

(APN 201000842187, FELIX FISCHER - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:03/04/2012 RSTJ VOL.:00226 PG:00019 - Grifei).

E, na hipótese, ao menos do que consta da instrução do presente *writ*, não há notícia da manifestação do órgão acusatório nos autos, após a *emendatio libelli*, oportunidade na qual poderia haver a análise do cabimento ou não da proposta pelo titular da ação penal.

Outrossim, sublinho que, na hipótese, uma análise *prima facie* não revela estarem presentes sequer as condições objetivas para a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, pois a pena mínima em abstrato é de 02 (dois) anos – art. 334-A, §1º, Código Penal, e o pedido de aplicação da diminuição pela tentativa não foi submetido à apreciação do Juízo na origem.

Por derradeiro, aponto que a paciente foi beneficiada com a liberdade provisória e, atualmente, as medidas cautelares a ela impostas estão resumidas ao comparecimento bimestral em juízo para justificar as atividades e ao comparecimento a todos os atos do processo. Ademais, a audiência de instrução e julgamento está agendada para 23/05/2019, de molde que não se vislumbra risco iminente ao direito de locomoção da paciente que autorize a concessão da liminar, nos moldes pretendidos.

Diante do exposto, INDEFIRO A LIMINAR.

Ausentes as hipóteses legais, determino o levantamento do sigilo dos autos.

Requisitem-se informações ao Juízo impetrado.

Após, ao Ministério Público Federal.

P. I.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5024262-74.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

PACIENTE: CESAR SOUSA BOTELHO

IMPETRANTE: ROGÉRIO LUIS ADOLFO CURY, DANIELA MARINHO SCABBIA CURY, PAULA CASTELOBRANCO ROXO FRONER, LUIZA GUEDES PIRÁGINE

Advogado do(a) PACIENTE: ROGERIO LUIS ADOLFO CURY - SP186605

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE RIBEIRÃO PRETO/SP - 4ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO FAKE MONEY

DESPACHO

O impetrante Rogério Luis Adolfo Cury requer, em favor do paciente CÉSAR SOUSA BOTELHO, a autorização de “renovação do certificado digital da empresa Appex”, da qual o paciente foi afastado, ficando impedido de exercer atos de gerência, direção ou qualquer atividade, de gestão ou não, conforme decisão liminar (ID 7029339).

O pedido foi apresentado da seguinte forma (ID 10583287):

1. Entre as medidas cautelares fixadas nesse writ – todas de imediato cumpridas pelo Paciente - consta a de item “d”, in verbis:

“d) suspensão das atividades de negociação, consultoria e assessoramento de quaisquer títulos de dívida pública, inclusive em âmbito judicial ou para a promoção de ações judiciais, especialmente visando à extinção de créditos tributários, bem como afastamento da gerência, direção ou qualquer atividade, de gestão ou não, da(s) empresa(s) apontadas no bojo da investigação (CPP, art. 319, VI):” – destacamos e grifamos.

2. Desde a data em que determinou-se as cautelares aplicadas ao Paciente, a empresa Appex não mais exerceu suas atividades.

3. No entanto, em razão da medida, a Appex vem enfrentando dificuldades financeiras, o que a levou à necessidade de demissão da funcionária Sandy Faria Américo de Oliveira (Doc. 01).

4. Para a efetivação do ato, outrossim, se faz necessária a renovação do certificado digital da empresa, para que se possa gerar guias de FGTS, multa rescisória, seguro desemprego e atender as demais obrigações trabalhistas.

5. Assim sendo, “ad cautelam”, e no intuito de demonstrar boa-fé, requer que Vossa Excelência autorize a renovação do certificado digital da empresa Appex, para que se possa realizar a demissão da funcionária Sandy, atendendo todas as obrigações trabalhistas pertinentes ao ato em comento.

Foi aberta vista à Procuradoria Regional da República, que se manifestou pela adoção de providências e apresentação de documentos, pelo impetrante, antes da apreciação do quanto requerido (ID 12412589).

Pois bem. Ao examinar os autos, em especial a decisão liminar, o pleito do impetrante e a manifestação ministerial, verifico assistir razão ao *Parquet*, pois a adoção das providências indicadas em sua manifestação representa medida imprescindível à apreciação do pleito.

Portanto, **intimem-se os impetrantes** a fim de que adotem as providências listadas na manifestação ministerial (ID 12412589), **no prazo máximo de 15 (quinze) dias**.

Cumprida tal determinação, tornem os autos conclusos para apreciação do pedido formulado pelo impetrante Rogério Luis Adolfo Cury, em favor do paciente CÉSAR SOUSA BOTELHO (ID 10583287).

Oportunamente, dê-se ciência à Procuradoria Regional da República.

Providencie-se o necessário. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031696-17.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS
PACIENTE: JHONE ALVES ROMUALDO
IMPETRANTE: RAMON SANTOS GOMES
Advogado do(a) PACIENTE: RAMON SANTOS GOMES - MG112372
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE DOURADOS/MS - 2ª VARA FEDERAL

DESPACHO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Ramon Santos Gomes em favor de JHONE ALVES ROMUALDO contra ato do r. Juízo Federal da 2ª Vara de Dourados/MS, que denegou a revogação da prisão preventiva do paciente, acusado pela prática, em tese, do crime capitulado no artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343, de 23.08.2006.

Em suas razões, alega, em síntese, a ausência de requisitos autorizadores à decretação da custódia cautelar e excesso de prazo para a formação de culpa. Aduz que o paciente é primário, têm bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. Requer a revogação da prisão preventiva, aplicando-se as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; no mérito, a concessão do *WRIT*, de modo a tornar definitiva a liminar requerida.

É o relatório.

Compulsando os autos, verifica-se que o feito não se encontra devidamente instruído, sequer foi juntada cópia da decisão impetrada a comprovar o alegado na inicial.

Dentro de tal contexto, **DETERMINO que o impetrante providencie a juntada de todos os documentos necessários, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de indeferimento da petição inicial.**

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5024260-07.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

PACIENTE: VICENTE LAURIANO FILHO

IMPETRANTE: RENATO STANZIOLA VIEIRA, RACHEL LERNER AMATO

Advogado do(a) PACIENTE: RENATO STANZIOLA VIEIRA - SP189066

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE RIBEIRÃO PRETO/SP - 4ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO FAKE MONEY

DESPACHO

1. Tendo em vista que a fiança encontra-se depositada em conta à ordem do juízo de origem, a ele encaminhem-se vias dos IDs 10887564, 10887565, 10887564, 10887566, 11177934 e 12402075, bem como deste despacho, **para efetivo e imediato cumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**, providenciando-se o necessário a fim de permitir o levantamento do valor recolhido pelo paciente a título de fiança.

2. Oportunamente, dê-se ciência às partes.

3. Após, tornem os autos conclusos para julgamento.

4. Providencie-se o necessário. Cumpra-se, *com urgência*.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031661-57.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO

IMPETRANTE: IGOR ABREU FARIAS

PACIENTE: JAIR BATISTA LIPPERT, ALBERT JEAN BARBOSA DUARTE

Advogado do(a) IMPETRANTE: IGOR ABREU FARIAS - DF34498

Advogado do(a) PACIENTE: IGOR ABREU FARIAS - DF34498

Advogado do(a) PACIENTE: IGOR ABREU FARIAS - DF34498

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Igor Abreu Farias, em favor de JAIR BATISTA LIPPERT e ALBERT JEAN BARBOSA DUARTE contra ato da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS “que mantém, provisoriamente e injustificadamente, a segregação cautelar dos pacientes”, após terem sido presos em flagrante pela prática, em tese, dos crimes capitulados no art. 33, c/c art. 40, V, da Lei nº 11343/06, e art. 70 da Lei nº 4.117/62.

O impetrante alega, em síntese, que os Pacientes aguardam provisoriamente, há 213 dias, a prolação de uma sentença, não obstante as investigações tenham se encerrado em 01/06/18 e o feito não seja complexo.

Sustenta que “é patente a falta de razoabilidade e de proporcionalidade” na manutenção da prisão, cujo “excesso de prazo experimentado pelos Pacientes, diverge da marcha processual prevista no artigo 56, §2º da Lei 11.343/06, no qual, determina a realização da audiência de instrução no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da denúncia”, e “viola a garantia fundamental da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), assim como o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LIV), pois sujeita covardemente o acusado às sanções de ‘eventual’ pena condenatória, todos emanados da Constituição Federal de 1988”.

Por isso, pleiteia a concessão liminar da ordem para que seja revogada a prisão preventiva dos pacientes.

A autoridade impetrada prestou informações (ID 12602865).

É o relato do essencial. **Decido.**

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, de ofício, se no curso da ação penal, ou mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase da investigação ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, e desde que as medidas cautelares previstas em seu art. 319 revelarem-se inadequadas ou insuficientes.

No caso, a higidez da prisão dos pacientes já havia sido objeto do *habeas corpus* nº 5017128-93.2018.4.03.0000, julgado nesta Corte, em 25.09.2018, no qual, por unanimidade, foi denegada a ordem pleiteada pela defesa de ambos, considerando a gravidade concreta do crime em que flagrados, na condição de “batedores” de um segundo veículo que transportava grande quantidade de maconha (**721,4 Kg**), tudo a indicar o possível envolvimento de alguma organização criminoso voltada ao tráfico transnacional de drogas, e diante do risco que a liberdade dos pacientes poderia representar, nesse contexto, aliado à falta de informações pessoais hábeis a neutralizar esse risco.

E não obstante o impetrante se insurja, mais uma vez, contra a prisão preventiva dos pacientes, agora sob fundamento diverso, alegando excesso de prazo na condução do feito, nesse juízo de cognição sumária e à vista das informações prestadas pela autoridade impetrada (ID 12602865), o certo é que a medida constritiva ainda remanesce hígida.

Há diligências probatórias ainda em curso, inclusive a pedido da própria defesa, e o que se extrai da narrativa judicial é que o feito, ao contrário do alegado pelo impetrante, vem sendo conduzido adequadamente pelo juízo de origem, com a realização dos atos processuais de acordo com o procedimento previsto na Lei nº 11.343/2006 e respeitados o contraditório regular e a mais ampla defesa que se deve assegurar aos envolvidos (ID 12602865).

A tarefa posta ao magistrado de assegurar o equilíbrio entre o postulado da rápida solução do litígio com as garantias processuais inerentes às partes é sempre um desafio a ser equacionado e que, no caso em questão, ao que tudo indica, vem sendo enfrentado pelo juízo *a quo* dentro do possível, notadamente considerando a situação peculiar enfrentada pela Subseção Judiciária de Ponta Porã – demasiada quantidade de processos *versus* quadro deficitário de servidores e magistrados –, a evidenciar um esforço hercúleo da autoridade impetrada na condução de quase 4 (quatro) mil processos, sem se apartar das imposições normativas a que está adstrita.

A par disso, observo que os documentos que instruem o presente *writ* são os mesmos que lastream o *habeas corpus* nº 5017128-93.2018.4.03.0000, e, como tal, sem alteração na situação fática já analisada e sem morosidade imputável ao Judiciário, a conclusão inevitável é que a constrição cautelar dos pacientes encontra amparo na lei, repito, diante da gravidade concreta do crime em que flagrados, com a provável participação de alguma organização voltada ao tráfico cujo poderio que tais agrupamentos geralmente ostenta constitui fator de risco à persecução penal em curso.

Posto isso, **INDEFIRO** o pedido de liminar.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal para manifestação, vindo os autos, oportunamente, conclusos.

Providencie-se o necessário. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5030464-67.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS

IMPETRANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCAO DE SAO PAULO

PACIENTE: RENATO AFONSO GONCALVES

Advogados do(a) PACIENTE: CAIO HENRIQUE GODOY DA COSTA - SP385344, RICARDO LOSINSKAS HACHUL - SP358482, PEDRO LUIZ BUENO DE

ANDRADE - SP174084, LEONARDO MASSUD - SP141981, LEANDRO SARCEDO - SP157756, RENATO LOSINSKAS HACHUL - SP307340

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de RENATO AFONSO GONÇALVES contra ato judicial emanado do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP, no bojo da Ação Penal nº 0002813-25.2017.4.03.6130, em que figura como réu pela suposta prática do crime inscrito no artigo 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal.

Dessume-se dos autos que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, na ação penal subjacente, como incurso nas penas do crime de dispensa indevida de licitação (art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993), por duas vezes, em continuidade delitiva, por supostas condutas delituosas perpetradas enquanto ocupava o cargo de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, por ocasião da assinatura dos Contratos nºs 094/2007, em 26.09.2007, e 069/2009, em 01.09.2009, firmados entre a Prefeitura de Osasco e a OSCIP *Instituto Sollus*, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, com recursos provenientes do Ministério da Saúde/SUS, haja vista que nas duas situações emitiu parecer favorável à contratação direta, por meio de dispensa de licitação, respectivamente, em 31.08.2007 e 24.08.2009.

A impetração sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal. Alega, em síntese:

a) preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça Federal, para processar e julgar o feito, por se tratar de imputação de suposta dispensa indevida de licitação em contratações diretas havidas entre a Prefeitura Municipal de Osasco/SP e a entidade privada *Instituto Sollus*, de maneira que a alegada infração não teria sido praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) nulidade por inobservância aos artigos 513 a 518 do CPP, em relação ao corréu Gelso Aparecido de Lima, o qual ostenta a qualidade de funcionário público por ocupar o cargo de Secretário Municipal de Relações Institucionais da Prefeitura do Osasco/SP;

c) a inépcia da inicial, pela inexistência de descrição das condutas imputadas ao paciente, do dolo específico e de dano ao erário, circunstâncias essenciais à configuração do tipo penal que lhe foi imputado;

d) a necessidade de absolvição sumária, sob o argumento de que na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, apenas emitiu opinião jurídica quanto à possibilidade de celebração dos referidos contratos pela Autoridade Municipal, sendo, portanto, inviolável por suas manifestações, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal;

e) afronta aos princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório diante da ausência de concreta e mínima descrição dos fatos imputados ao paciente na denúncia, de modo a inviabilizar sua defesa;

Dentro desse contexto, pugna pela concessão da liminar para o fim de trancamento da ação penal.

A inicial veio acompanhada de documentação.

É o relatório.

Decido.

A teor do disposto no art. 5º, LXVIII, do Texto Constitucional, *conceder-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*, cabendo salientar que o ordenamento jurídico pátrio não prevê (ao menos expressamente) a possibilidade de deferimento de medida liminar na via do remédio heroico ora manejado. Na verdade, o deferimento de provimento judicial cautelar consiste em criação doutrinária e jurisprudencial que objetiva minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de plano, devendo haver a comprovação, para que tal expediente possa ser concedido, dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O paciente foi denunciado pelo Ministério Público Federal, em 30.06.2017, pela suposta prática do crime inscrito no artigo 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal, pela emissão de pareceres favoráveis, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos do Município de Osasco/SP, à contratação direta, por meio de dispensa de licitação, que culminaram nos Contratos nºs 094/2007, de 26.09.2007, e 069/2009, de 01.09.2009, firmados entre a Prefeitura de Osasco e a OSCIP *Instituto Sollus*, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, com recursos provenientes do Ministério da Saúde/SUS, nos quais não foram observadas as formalidades pertinentes à dispensa de licitação, mormente no que tange à razão da escolha do executante e à justificativa de preço, de acordo com o art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n.º 8.666/1993 (id 8278290).

A denúncia foi recebida, em 04.08.2017, pelo juízo, ora apontado como impetrado. No mesmo ato, determinou-se citação do paciente para apresentar resposta, nos termos dos artigos 396 e 396-A, ambos do CPP (id 8278291).

A impetração aponta, preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça Federal, para processar e julgar o feito, por se tratar de imputação de suposta dispensa indevida de licitação em contratações diretas havidas entre a Prefeitura Municipal de Osasco/SP e a entidade privada *Instituto Sollus*.

Analisando a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, há menção da afetação da verba pública proveniente da União, quando relata as irregularidades constatadas pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS, assim disposta: ... (ii) a Prefeitura de Osasco, no período de setembro a dezembro/2009 e nos meses de maio e julho/2010, utilizou recursos de fontes 'transferências federais', no total de R\$3.849.089,95, para pagamento da prestação de serviços na contratação de empresa para a manutenção do PACS; (...) (id8278290)

Constata-se, ainda, pela documentação existente nos autos, que os contratos celebrados com a Prefeitura Municipal de Osasco e a OSCIP *Instituto Sollus*, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, prevê, expressamente (processos administrativos nºs 15.886/2007 e 14.373/2009), a execução com o repasse de verbas federais pelo Ministério da Saúde.

Dessa forma, conclui-se que não existem dificuldades em estabelecer a competência para conhecer das demandas criminais e condutas ilícitas praticadas no âmbito do SUS, sendo basicamente a forma de financiamento do sistema e os órgãos fiscalizadores os fatores levados em consideração para fixação da competência, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais superiores.

Assim, em regra, exceto quando comprovadamente acarretarem prejuízo **exclusivo** para o usuário ou para o erário estadual ou municipal, será de competência da Justiça Federal e atribuição do Ministério Público Federal, independentemente de se tratar de repasse fundo a fundo ou de Convênio, uma vez que ambos são recursos públicos federais e estão sujeitos à fiscalização federal, mediante realização de auditorias.

Nesse sentido, trago à colação julgados do c. STJ:

*HABEAS CORPUS. MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONSTRUÇÃO DE DOIS POSTOS DE SAÚDE. DENÚNCIA POR CRIME TIPIFICADO NO ART. 92 DA LEI N. 8666/93 E NO ART. 299 DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO DE LESÃO AO ERÁRIO E PREJUÍZO MINIMAMENTE DEMONSTRADOS. NECESSIDADE DE EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VERBAS ORIUNDAS DA UNIÃO E SUJEITAS À FISCALIZAÇÃO FEDERAL. SÚMULA 208/STJ. ALEGAÇÕES DE NULIDADES AFASTADAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade do referido trancamento nos casos em que a denúncia for inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, o que não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade. 2. A denúncia, de forma clara, imputa ao paciente a conduta de, uma semana após término do procedimento licitatório, sub-rogar a totalidade da execução da obra para empresa - que não participara da Tomada de Preço por não possuir a idoneidade fiscal exigida no edital - e que tinha como sócio-gerente um primo do acusado. Nos termos da inicial acusatória o paciente ainda teria emitido aceitação definitiva da obra licitada antes da sua conclusão, ou seja, teria inserido declaração falsa na prestação de contas ao Ministério da Saúde, com o intuito de justificar o pagamento à empresa sub-contratada, pertencente a seu parente. Nesse contexto, a autorização do recebimento integral dos recursos por obra inacabada configura, em tese, intenção de causar dano ao erário. Assim, resta suprida a exigência da demonstração mínima de dolo específico de dano ao erário e do prejuízo causado, não merecendo reparos a decisão da autoridade apontada como coatora, que houve por bem deflagrar a ação penal. 3. As condutas descritas na denúncia se amoldam aos tipos penais cuja prática foi imputada ao paciente, não sendo possível afirmar que a conduta praticada é atípica, ao menos na via eleita, na qual é inadmissível a incursão no acervo probatório. Foram demonstrados indícios suficientes de autoria aptos para a inauguração da ação penal, com o recebimento da denúncia. 4. A acurada leitura do Convênio n. 2200/2002 revela que o mesmo foi celebrado entre o Ministério da Saúde e o Município de São Desidério/BA, representado pelo paciente, visando fortalecer o Sistema Único de Saúde - SUS, cabendo à União, o controle e fiscalização do objeto do contrato. **Nesse ponto, a Terceira Seção desta Corte Superior já afirmou que, em se tratando de verbas oriundas da União e destinadas ao Sistema Único da Saúde, tais recursos ficam sujeitos à fiscalização federal, fixando, assim, a competência da Justiça Federal, nos termos da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Precedentes. Ademais a Cláusula Nona do referido Convênio evidencia a necessidade de a Municipalidade prestar contas à União. A tese de que a competência para julgar o feito seria da Justiça Estadual - sob o argumento de que as verbas já teriam sido incorporadas ao patrimônio do Município - é incompatível com a cláusula expressa existente no contrato acerca da necessidade de prestação de contas à União.** (...). Ordem de habeas corpus denegada. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.(HC - HABEAS CORPUS - 198375 2011.00.38000-6, JOEL ILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:10/02/2017 ..DTPB:)(g.n.)*

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. ELEVAÇÃO ARBITRÁRIA DE PREÇOS PARA LICITAÇÃO. MALVERSAÇÃO DE VERBAS DE SAÚDE. OPERAÇÃO SAÚDE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. VERBAS DO SUS. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS FEDERAIS DE CONTROLE. ENUNCIADO N. 208, DA SÚMULA DO STJ. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DE PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - **É de competência da Justiça Federal o processamento de feito que apura eventual irregularidade na verba repassada pela União a Unidade Federativa, através do SUS. (Precedentes).** II - **Incide, em igual sede, para o caso, mutatis mutandis, o Enunciado n. 208, da Súmula do STJ que afirma que 'compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal'.** III - A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. IV - A apreciação da presença de indícios de autoria, bem como de provas da materialidade, se não aferíveis de plano, demandam revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita, devendo os temas serem apreciados no curso da instrução e no julgamento da causa. V - Na hipótese, não há falar em aplicação do princípio da consunção entre o crime de resistência e o de desobediência, mormente neste momento processual, já que a avaliação da sua incidência demandaria profunda valoração probatória, devendo ser sopesada por ocasião da prolação da sentença. Recurso ordinário desprovido. ..EMEN:Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.(RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 59287 2015.01.03869-8, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:25/11/2015 ..DTPB:)(g.n.)*

Com efeito, o r. juízo *a quo* rejeitou a Exceção de Incompetência oposta pelo paciente, firmando sua competência para processar e julgar o feito, nos seguintes termos (id 8278300):

(...)

Consta dos autos que foram realizadas auditoria pelo DENASUS – Departamento Nacional de Auditoria do SUS, órgão de controle interno da União, para fiscalizar os contratos celebrados entre a Prefeitura do Município de Osasco e o Instituto Sollus relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, executado com o repasse de verbas federais pelo Ministério da Saúde. Ocorre que tais verbas estão submetidas à prestação de contas perante o TCU, sendo de rigor a aplicação da súmula 208 do STJ.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que ‘por estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, bem como do Tribunal de Contas da União, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde – inclusive na modalidade de transferência ‘fundo a fundo’ – ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação’. Isso porque, não se retira dos recursos o caráter de originários do erário federal, estando sujeitos, portanto, à fiscalização do TCU, em sede de controle externo, não se aplicando a Súmula 209 do STJ.

(...)

Portanto, reconheço a competência deste Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Osasco para processar e julgar o feito.

(...)

Neste sentido, foi o entendimento firmado por este relator, no julgamento do *Habeas Corpus* nº5023026-87.2018.4.03.0000, realizado em 11.12.2018, por esta e. 11ª Turma, que foi acompanhado pelo Juiz Federal Convocado Alessandro Diaferia, cujo julgamento encontra-se suspenso por força do pedido de vista do Desembargador Federal José Lunardelli.

Desse modo a questão resta superada.

Em continuidade, cumpre anotar que o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia em sede de *Habeas Corpus* é medida excepcional, carecendo de irrefutável demonstração dos vícios sustentados na impetração.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU A SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA (...) V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. (HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185) (g.n.)

Habeas corpus. Penal e processual penal. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Encerramento do procedimento administrativo-fiscal respectivo. Não configuração de constrangimento ilegal. Precedentes. 1. O acórdão ora questionado reconheceu o entendimento desta Suprema Corte "quanto à impossibilidade do ajuizamento de ação penal, pela prática da conduta tipificada no art. 1º da Lei 8.137/90, acaso inexistente a constituição definitiva do crédito tributário", tendo denegado a ordem em razão de não ter sido possível comprovar "a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, porquanto foi em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda. que emitidas as notas fiscais", uma vez que não foram juntadas àqueles autos as respectivas certidões negativas. 2. A juntada, nestes autos, de certidão de débito em dívida ativa em nome da empresa Comercial Guadalupe Ltda., na qual constam débitos oriundos de três procedimentos administrativos fiscais nela nominados, comprova já terem sido esgotados todos os recursos a eles previstos, levando à conclusão de que já houve a constituição definitiva do débito fiscal. 3. A denúncia narra fatos atribuíveis aos pacientes, descrevendo suas condutas de forma individualizada e o modus operandi de cada um, sendo certo que, existindo crime em tese, este deverá ser apurado no devido curso da ação penal. 4. É firme a jurisprudência consagrada por esta Corte Suprema no sentido de que a concessão de habeas corpus com a finalidade de trancamento de ação penal em curso só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. 5. Habeas corpus denegado. (HC 94852, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00538 RTJ VOL-00210-01 PP-00344 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 505-513) (g.n.)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. ACUSAÇÃO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NO SUPOSTO GRUPO CRIMINOSO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. O trancamento da ação penal é medida excepcional, restrita a situações que se reportem a conduta não-constitutiva de crime em tese, ou quando já estiver extinta a punibilidade, ou, ainda, se inócuentes indícios mínimos da autoria (HC 87.310, HC 91005 e RHC 88.139, da minha relatoria; HC 87.293, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 85.740, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HC 85.134, da relatoria do ministro Marco Aurélio). 2. Quando se trata de apreciar alegação de inépcia de denúncia ou de esqualidez da denúncia por qualquer outra razão, dois são os parâmetros objetivos, seguros, que orientam tal exame: os artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. 3. Na concreta situação dos autos, o paciente se acha processado pelos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico. Isto por força de denúncia que lhe increpa a venda de substância entorpecente e a participação em grupo criminoso. Denúncia consistente o bastante para viabilizar o prosseguimento da ação penal. 4. Ordem denegada. (HC 96644, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-05 PP-00906 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 481-489) (g.n.)

HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 168-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a emendatio libelli ou a mutatio libelli, se a instrução criminal assim o indicar. 2. Não-aplicação, por analogia, do § 2º do art. 168-A, do Código Penal, à espécie, quanto à extinção da punibilidade do Paciente, em razão de ter ele restituído a quantia devida à vítima antes do oferecimento da denúncia. 3. O trancamento da ação penal, em habeas corpus, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 4. Ordem de Habeas corpus denegada. (HC 87324, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00082 EMENT VOL-02276-02 PP-00217 RJSP v. 55, n. 356, 2007, p. 177-186) (g.n.)

Dentro desse contexto, argumentam os impetrantes a necessidade de trancamento da ação penal, sob o fundamento de que a denúncia ofertada pelo órgão ministerial padeceria de vícios insanáveis consistentes na ausência de descrição das condutas imputadas ao paciente, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário, requisitos essenciais à configuração do tipo penal que lhe fora imputado.

DA INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA

Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal serem requisitos da inicial acusatória (seja ela denúncia, em sede de ação penal pública, seja ela queixa-crime, em sede de ação penal privada) a exposição do fato criminoso (o que inclui a descrição de todas as circunstâncias pertinentes), a qualificação do acusado (ou dos acusados) ou os esclarecimentos pelos quais se faça possível identificá-lo(s), a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando tal prova se fizer necessária) - a propósito: *A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Cumprе salientar que a consequência imposta pelo ordenamento jurídico à peça acusatória que não cumprе os elementos anteriormente descritos encontra-se prevista no art. 395 também do Diploma Processual Penal, consistente em sua rejeição (*A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal*).

A jurisprudência de nossos C. Tribunais Superiores se mostra pacífica no sentido de que, tendo os ditames insculpidos no art. 41 do Código de Processo Penal sido respeitados pela denúncia ou pela queixa, impossível o reconhecimento da inépcia - a propósito:

HABEAS CORPUS - JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO - POSSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE O RELATOR DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA - COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DELEGADA PELO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (RISTF, ART. 192, "CAPUT", NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009) - ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO 'PER RELATIONEM' - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DECISÓRIA - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA - ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FIXADOS PELO ART. 41 DO CPP - PEÇA ACUSATÓRIA QUE ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS - SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - ILIQUIDEZ DOS FATOS - CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME DE MATÉRIA FÁTICO- -PROBATÓRIA - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO 'HABEAS CORPUS' - RECONHECIMENTO DA PLENA CORREÇÃO JURÍDICA DA DECISÃO AGRAVADA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF, HC 140629 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017) (g.n.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. SURSIS PROCESSUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não se verifica supressão de instância na análise, pelo Tribunal do Estado, de matéria já abordada pelo juízo de primeiro grau. 2. É afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do CPP, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação do crime, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa. 3. As disposições veiculadas na Lei nº 10.259/01 não alteraram o patamar do sursis processual, que continua sendo disciplinado pelos preceitos inscritos no art. 89 da Lei nº 9.099. 4. Recurso ordinário improvido (STJ, RHC 28.236/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015) (g.n.)

DA PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL

Para que a persecução penal possa ser instaurada e também para que possa ter continuidade de decorrer de um processo-crime, faz-se necessária a presença de justa causa para a ação penal consistente em elementos que evidenciem a materialidade delitiva, bem como indícios de quem seria o autor do ilícito penal. Trata-se de aspecto que visa evitar a instauração de relação processual que, por si só, já possui o condão de macular a dignidade da pessoa e, desta feita, para evitar tal ofensa, imperiosa a presença de um mínimo lastro probatório a possibilitar a legítima atuação estatal. Dentro desse contexto, dispõe o art. 395, III, do Código de Processo Penal, que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal, o que se corporifica pela ausência de substrato probatório mínimo no sentido de comprovar a materialidade delitiva e a autoria da infração penal.

Destaque-se que a jurisprudência atual do C. Supremo Tribunal Federal tem analisado a justa causa, dividindo-a em 03 aspectos que necessariamente devem concorrer no caso concreto para que seja válida a existência de processo penal em trâmite contra determinado acusado: (a) tipicidade, (b) punibilidade e (c) viabilidade. Nesse diapasão, a justa causa exigiria, para o recebimento da inicial acusatória, para a instauração de relação processual e para o processamento propriamente dito da ação penal, a adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível (vale dizer, não deve haver qualquer causa extintiva da punibilidade do agente) e deve haver um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215 DO CÓDIGO PENAL). EXTINÇÃO ANÔMOLA DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE MÉRITO QUE DEVEM SER DECIDIDAS PELO JUIZ NATURAL DA CAUSA. PRECEDENTES. 1. A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria). 2. Esses três componentes estão presentes na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que, nos termos do artigo 41 do CPP, apontou a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. 3. A análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, de forma a infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com esta via processual. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (HC 144343 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 25/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017) (g.n.).

Importante consignar que a rejeição da peça acusatória (ou mesmo a absolvição sumária do acusado) com base na inexistência de justa causa para a ação penal impõe que o julgador tenha formado sua convicção de maneira absoluta nesse sentido na justa medida em que defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime). Apesar de se exigir a não instauração de relação processual sem um lastro mínimo probatório (nos termos anteriormente tecidos), há que ser ressaltado que prevalece na fase do recebimento da denúncia e também quando da aplicação das hipóteses de absolvição sumária (uma vez que o art. 397 do Código de Processo Penal aduz que somente haverá a absolvição sumária do acusado quando for **manifesta** a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou quando o fato narrado **evidentemente** não constitui crime) o princípio do *in dubio pro societate* de modo que o magistrado deve sopesar essa exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a perquirir prova plena da ocorrência de infração penal (tanto sob o aspecto da materialidade como sob o aspecto da autoria) - a respeito do exposto, vide a ementa que segue:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO MAJORADO, QUADRILHA OU BANDO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E PREVARICAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE NA VIA DO WRIT. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABSORÇÃO DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PELO ESTELIONATO. TEMA NÃO DEBATIDO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (...) 2. A rejeição da denúncia e a absolvição sumária do agente, por colocarem termo à persecução penal antes mesmo da formação da culpa, exigem que o julgador tenha convicção absoluta acerca da inexistência de justa causa para a ação penal. 3. Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despídos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do 'in dubio pro societate'. De igual modo, não se pode admitir que o julgador, em juízo de admissibilidade da acusação, termine por cercear o 'jus accusationis' do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício da ação penal. 4. A denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do Código de Processo Penal e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, com vistas a viabilizar a persecução penal e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo réu. (...) (STJ, RHC 40.260/AM, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017) (g.n.)

Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento em nossos C. Tribunais Superiores, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que o ato judicial que recebe a denúncia ou a queixa ou que refuta a resposta à acusação ofertada, por configurar decisão interlocutória (e não sentença), não demanda exaustiva fundamentação (até mesmo para que não haja a antecipação da fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial), cabendo salientar que o ditame insculpido no art. 93, IX, da Constituição Federal, que exige profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão, somente teria incidência em sede da prolação de sentença penal (condenatória ou absolutória) - nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PROFUNDA OU EXAURIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. A decisão que recebe a denúncia (art. 396 do Código de Processo Penal) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (art. 397 do CPP) não demandam motivação exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório. 3. No caso dos autos, em que pese a sucinta fundamentação, o Juízo singular afastou as teses defensivas suscitadas na resposta à acusação, pois entendeu, naquele momento processual, ausentes as hipóteses de absolvição sumária do acusado, pela atipicidade do fato ou pela existência de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade, bem como de extinção da punibilidade, nos termos do art. 397 do CPP. 4. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento da inexigibilidade de fundamentação complexa no recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal. (...) (STJ, HC 320.452/MS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017) (g.n.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. ARTIGO 334-A, §1º, IV DO CP. DENÚNCIA. APTIDÃO. REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CPP SATISFEITOS. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. QUESTÕES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO. ORDEM DENEGADA. (...) IX - No momento do recebimento da denúncia ou da análise da resposta à acusação, o Juízo não está obrigado a manifestar-se de forma exauriente e conclusiva acerca das teses apresentadas pela defesa, evitando-se, assim, o julgamento da demanda anteriormente à devida instrução processual (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, HC - HABEAS CORPUS - 71222 - 0002937-65.2017.4.03.0000, Rel. DES. FED. CECILIA MELLO, julgado em 27/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017) (g.n.)

DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO

Dispõe o art. 396 do Código de Processo Penal que, uma vez ofertada denúncia ou queixa nos procedimentos ordinário e sumário, o juiz, se não a rejeitar liminarmente (com supedâneo nas hipóteses colacionadas no art. 395 do mesmo Diploma, a saber: inépcia da inicial acusatória, ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal ou falta de justa causa para o exercício da ação penal), recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Desta feita, a despeito de discussão doutrinária a respeito, predomina o entendimento segundo o qual a denúncia ou a queixa será recebida, se presentes os requisitos para tanto, quando do momento processual insculpido no art. 396 a que foi feita referência, tendo o condão de interromper a fluência do prazo prescricional a teor do art. 117, I, do Código Penal.

Por sua vez, o art. 396-A do Código de Processo Penal informa que o acusado poderá arguir, em sua resposta à acusação, preliminares e tudo o que interessar à sua defesa (o que abarca, ainda, a oferta de documentos e de justificações, a especificação das provas pretendidas e das testemunhas que se pretende ouvir, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário) com o fito de que o juiz, lançando mão da previsão contida no art. 397 do Diploma Processual, o absolva sumariamente quando se convencer da existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente (salvo inimizabilidade), de que o fato narrado evidentemente não constitui crime ou de que tenha ocorrido a extinção da punibilidade do agente.

A despeito de o art. 397 do Código de Processo Penal elencar temas ditos como de mérito a ensejar a absolvição sumária do acusado, evidente que o magistrado também poderá acolher alegações de cunho processual com o fim de obstar o andamento da ação penal tendo como base as matérias elencadas no art. 395 de indicado Diploma, sem que seja possível haver alegações no sentido da existência de preclusão *pro judicato*, ou seja, no sentido da impossibilidade para o magistrado de não mais receber a inicial acusatória (tendo como supedâneo os argumentos lançados pelo acusado em sua defesa) justamente porque anteriormente já a tinha recebido. Firma-se tal consideração em razão do art. 396-A do Código de Processo Penal permitir que o denunciado, em sede de resposta à acusação, alegue as preliminares que lhe aprouver, o que, por certo, abarca temas como a inépcia da denúncia ou da queixa, a ausência de pressuposto processual necessário à regular formação ou ao regular desenvolvimento da relação processual ou de condição para o exercício da ação penal, bem como a não existência de justa causa para a persecução penal.

Desta feita, como o legislador permitiu ao acusado tecer argumentos de cunho processual em sua resposta à acusação, necessariamente eventual matéria assim apresentada tem que produzir o efeito, caso acolhida, de tolher a inicial acusatória que já se encontrava recebida a partir do momento em que houve a determinação de citação do acusado para responder à ação penal (sob o pálio do disposto no art. 396 da Lei Adjetiva), motivo pelo qual se mostra plenamente possível ao magistrado rever o anterior recebimento da denúncia para não mais admiti-la (em razão dos argumentos ofertados pelo acusado em sede de resposta à acusação) e, assim, extinguir de forma anômala a relação processual. Destaque-se que tal raciocínio se coaduna com a ideia de que matéria de ordem pública (tal qual pressuposto processual e condição da ação) é cognoscível de ofício pelo juiz a qualquer tempo e a qualquer grau de jurisdição, o que reforça a possibilidade de revisão do ato de recebimento da inicial acusatória quando da fase de absolvição sumária.

Importante ser dito que tanto o C. Supremo Tribunal Federal como o E. Superior Tribunal de Justiça acolhem a possibilidade de o magistrado reconsiderar anterior decisão que recebeu a denúncia ou a queixa em razão de temas processuais aventados pelo acusado em sede de resposta à acusação - a propósito:

Questão de ordem na ação penal. Corrupção passiva (art. 317, CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98, com a redação vigente à data dos fatos). Denúncia. Inépcia. Possibilidade de sua análise na apreciação da resposta à acusação. Inexistência de preclusão para o juiz. Descrição suficiente das imputações. Preliminar rejeitada, por maioria. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Denúncia instruída com os elementos indispensáveis à compreensão das imputações. Desnecessidade de juntada da integra do inquérito civil ou da ação civil pública nele lastreada. Afastamento de sigilo bancário de parlamentar federal em inquérito civil. Admissibilidade. Compartilhamento desses dados. Prova lícita. Ausência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Lavagem de dinheiro. Ocultação de valores ilícitos supostamente recebidos por meio de pessoas jurídicas. Conduta autônoma em relação ao crime de corrupção passiva. Questão de ordem resolvida no sentido de se rejeitarem, por maioria, a preliminar de inépcia da exordial e, por unanimidade, as demais preliminares suscitadas na resposta à acusação, ratificando-se o recebimento da denúncia. (...) 2. Nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal, 'na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa'. 3. Logo, o réu poderá, em sua resposta, suscitar todas as questões processuais que não sejam objeto de exceção, como a falta de pressupostos processuais ou de condições da ação ou a inépcia da denúncia, as quais poderão levar a sua rejeição (art. 395, I e II, CPP), razão por que o anterior ato de recebimento da denúncia não importará em preclusão para o juiz, que poderá, diante da resposta oferecida pelo acusado, rejeitar a denúncia em razão de vícios processuais. (...) (STF, AP 945 QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-08-2017 PUBLIC 03-08-2017) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS A APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIZAÇÃO LEGAL DADA PELO ART. 396-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE PERMITE AO ACUSADO ARGUIR QUESTÕES PRELIMINARES NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Superada a fase do art. 395 do Código de Processo Penal com o recebimento da inicial acusatória, após a apresentação da defesa preliminar, o juiz não fica vinculado às hipóteses elencadas no art. 397 do mesmo diploma legal, autorizadoras da absolvição sumária. 2. Verificada, após a apresentação das defesas preliminares, a inépcia da exordial acusatória pela ausência da descrição individualizada das condutas de cada denunciado, ao Juiz é lícito reconsiderar o recebimento da denúncia, quer por permissão legal, quer por uma questão de coerência com os anseios do legislador, impulsionadores da reforma do Código Adjetivo Penal, tendentes a um processo célere e fecundo. Inteligência do art. 396-A do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no AREsp 82.199/AL, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014) (g.n.)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. RESPOSTA DO ACUSADO. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. ILICITUDE DA PROVA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. DECRETO REGULAMENTAR. TIPO LEGISLATIVO QUE NÃO SE INSERE NO CONCEITO DE LEI FEDERAL (ART. 105, III, A, DA CF) 1. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o Juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do Código de Processo Penal, suscitada pela defesa. 2. As matérias numeradas no art. 395 do Código de Processo Penal dizem respeito a condições da ação e pressupostos processuais, cuja aferição não está sujeita à preclusão (art. 267, § 3º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP). (...) (STJ, REsp 1318180/DF, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013) (g.n.)

Consigne-se que outro não é o entendimento deste E. Tribunal Regional Federal:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRELIMINARES ARGUIDAS EM SEDE DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. ARTIGO 396 DO CPP. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 11.719/08. I - Com o advento da Lei nº 11.719/08, que deu nova redação aos artigos 396 do CPP e ss, modificou-se o entendimento segundo o qual faltaria ao magistrado que recebeu a denúncia competência para reconhecer a sua inépcia ou a falta de justa causa para a ação penal. II - Na antiga redação do Código de Processo Penal, uma vez recebida a denúncia, o juiz haveria, necessariamente, de impulsionar o feito até a sentença final. III - Com a nova redação do CPP, adotou-se novo posicionamento concernente à possibilidade do Juízo a quo reconhecer a inépcia da denúncia. IV - De fato, conforme o caso, se o juiz pode absolver sumariamente o réu (artigo 397 do CPP), com muito mais razão pode acolher questões preliminares tendentes à rejeição da denúncia ou ao reconhecimento de nulidades processuais, especialmente em razão do disposto no artigo 396-A do Código de Processo Penal que expressamente permite ao réu 'arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa'. V - Não é demais dizer que o pronto conhecimento, pelo juiz natural da causa, das questões preliminares, em grande parte de ordem pública, é recomendável, não só no interesse das partes, mas principalmente no da jurisdição. (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, HC - HABEAS CORPUS - 71674 - 0003182-76.2017.4.03.0000, Rel. DES. FED. CECILIA MELLO, julgado em 27/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/07/2017) (g.n.).

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA ANTERIORMENTE RECEBIDA. DÉBITO PARCELADO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. 'HABEAS CORPUS' DE OFÍCIO. 1. Não obstante ter recebido a denúncia em 10/09/2010, o magistrado de primeiro grau, após a resposta à acusação e a juntada das informações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, rejeitou-a em 14/07/2011. 2. Antes do recebimento da denúncia o débito foi parcelado, nos termos da lei 11.941/09. 3. Ausente justa causa para o início de espera o prosseguimento da ação penal. 4. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para trancar a ação penal (TRF3, PRIMEIRA TURMA, RSE - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 6168 - 0010247-24.2008.4.03.6181, Rel. DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 27/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/09/2013) (g.n.).

DO CASO CONCRETO TECIDO NESTE HABEAS CORPUS

A defesa do paciente, em sede defensiva, alega, preliminarmente, nulidade da denúncia, em face da inobservância aos artigos 513 a 518 do CPP, em relação ao corréu Gelso Aparecido de Lima, o qual ostenta a qualidade de funcionário público por ocupar o cargo de Secretário Municipal de Relações Institucionais da Prefeitura do Osasco/SP. Aduz, ainda, inépcia da inicial consistente na ausência de descrição das condutas imputadas ao paciente, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário.

Cotejando os temas anteriormente enumerados com o conteúdo da citada decisão, nota-se que o magistrado, ora apontado como autoridade coatora, espancou a ocorrência de nulidade da denúncia, por inobservância aos artigos 513 a 518 do CPP, por entender que: *a alegada nulidade não resulta prejuízo para a defesa (artigo 563 do CPP), devendo-se aplicar o princípio pas de nullité sans grief, pois o próprio interessado, o corréu Gelso Aparecido de Lima nada alegou a respeito em sua resposta à acusação.*

Ainda asseverando a legitimidade da conduta levada a efeito pela autoridade impetrada, ressalte-se que a jurisprudência de nossas C. Cortes Superiores, bem como deste E. Tribunal Regional, acolhe a dicção do preceito transcrito, fazendo coro à disposição do legislador no sentido de que qualquer nulidade somente será decretada caso efetivamente haja a comprovação do prejuízo daquele que a requer - a propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. TESTEMUNHA INQUIRIDA MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. DEFENSORIA PÚBLICA ESTRUTURADA NO JUÍZO DEPRECADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. TESTEMUNHA QUE DESCONHECIA OS FATOS OBJETO DE APURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A LEGITIMAR A PROCLAMAÇÃO DE NULIDADES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. Inobservâncias processuais não contaminam a higidez processual na hipótese em que incorrente prejuízo às partes. Aplicação, em matéria de nulidades, do art. 563 do CPP, que traduz o princípio reitor em que se consagra que, sem prejuízo, não se proclamam nulidades. (...) (STF, HC 130549 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016) (g.n.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL JULGADO PROCEDENTE. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ACUSADO PRESO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. EXPEDIÇÃO DE REQUISICÃO PELO JUÍZO PROCESSANTE. CONCORDÂNCIA DA DEFESA NA REALIZAÇÃO DO ATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (...) 3. Ademais, o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à defesa técnica. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional. Precedentes. (...) (STF, HC 119372, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 01-02-2016 PUBLIC 02-02-2016) - (g.n.)

Pelo que se nota dos autos não houve qualquer demonstração de prejuízo por parte do paciente até mesmo porque o eventual réu prejudicado nada alegou a respeito.

Quanto à alegação de inépcia da denúncia **por ausência de descrição da conduta**, não há como ser acolhida. Da simples leitura da peça vestibular acusatória, denota-se que esta descreve todas as circunstâncias dos delitos imputados aos acusados, pormenorizando, ainda que sucintamente, a conduta atribuída a cada um dos réus nos eventos delitivos em questão e a conexão existente entre todos. Observa-se, dessa forma, que a denúncia em comento não ofereceu dificuldade ao pleno exercício do direito de defesa (artigo 5º, LV, CF e artigo 563, do CPP), de sorte que pôde ser exercida em sua plenitude.

Observa-se, ainda, que os fatos narrados quanto ao paciente constituem, em tese, o delito previsto no artigo 89, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, na forma do artigo 71 do Código Penal, não se encontrando extinta a punibilidade do agente.

Nesse sentido, constou em parte da exordial acusatória:

(...)

*Os denunciados RENATO AFONSO GONÇALVES e GELSO APARECIDO DE LIMA, em 26/09/2007 e 01/09/2009, na qualidade respectivamente, de secretário municipal de saúde e secretário de assuntos jurídicos da Prefeitura de Osasco, de maneira livre e consciente, deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação. (...) RENATO AFONSO GONÇALVES, em 31/08/2007, como responsável pela Secretaria de Assuntos Jurídicos, manifestou-se favoravelmente à autorização de que fosse feita a contratação na forma pretendida (fl. 248 do apenso II). Na data supra, o então prefeito do município de Osasco Emídio de Souza, autorizou a contratação solicitada (fl. 249 do apenso II). Na esteira, foi firmado o **contrato n. 094/2007** entre o município de Osasco e o Instituto Sollus em 26/09/2007 (fls. 256/260 do apenso II). Em 04/08/2009, GELSO encaminhou à Secretaria de Assuntos Jurídicos pedido de providências para a rescisão antecipada do contrato, e requereu, com urgência, uma nova contratação para a manutenção do PACS, apresentando, para tanto, as propostas das seguintes entidades (...). Em 24/08/2009, o Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos emitiu parecer, acolhido por RENATO AFONSO GONÇALVES, favorável à contratação direta, novamente, do Instituto Sollus, por meio de dispensa de licitação (fls. 256/261 do apenso III). Na mesma data, o então prefeito do município de Osasco, Emídio de Souza, autorizou nova contratação do Instituto Sollus. Assim, o município de Osasco celebrou o contrato **n. 069/2009** com o Instituto Sollus em 01/09/2009 (fls. 266/271 do apenso III). O contrato em comento foi rescindido em 21/07/2010 (fls. 323/325 do apenso III). (...) Por sua vez, a autoria de **RENATO**, na qualidade de secretário de assuntos jurídicos entre 2005 e 2013 (conforme pesquisa ASSPA anexa), restou demonstrada, com como o dolo em sua conduta, por toda a documentação referente à contratação do Instituto Sollus – em que consta a sua assinatura -, bem como por meio de diversos depoimentos prestados em sede policial, inclusive o próprio depoimento do denunciado, destacando-se o seguinte:*

Cristina Aparecida Raffa Vólpi relatou que todo o processo de contratação direta era realizado pela Secretaria de Assuntos Jurídicos, que ficava a cargo de RENATO (fls. 82/82v);

GELSO afirmou que a análise de toda a documentação para a contratação da empresa foi realizada pela Secretaria de Assuntos Jurídicos, que ficava a cargo de RENATO na época (fls. 146/146v);

RENATO confirmou ter participado da contratação, e disse que sua função foi a de verificar a legalidade da dispensa de licitação (fls. 178/179); e

Maurício Rosa disse que não participou do procedimento de contratação do Instituto Sollus, pois houve contratação direta, razão pela qual todo o procedimento ficou a cargo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, dirigida à época por RENATO (fls. 247/248).

(...)

Os denunciados RENATO AFONSO GONÇALVES e GELSO APARECIDO DE LIMA, em 26/09/2007 e 01/09/2009, na qualidade, respectivamente, de secretário municipal da saúde e secretário de assuntos jurídicos da Prefeitura de Osasco, de maneira livre e consciente, deixaram de observar as formalidades pertinentes à dispensa de licitação.

(...)

É fato que a Auditoria nº 10212 realizada pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, órgão de controle interno da União, para fiscalizar os contratos celebrados entre a Prefeitura do Município de Osasco e o *Instituto Sollus*, relacionados ao cumprimento do Programa Saúde da Família – PSF, executado com repasses de verbas federais pelo Ministério da Saúde, **concluiu que a modalidade utilizada pela Prefeitura Municipal de Osasco – Dispensa de Licitação na contratação do Instituto Sollus, encontra-se de acordo com o inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (id 8278309), in verbis:**

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Convém ressaltar que o DENASUS, na qualidade de órgão fiscalizatório, **não levou em consideração as inconsistências levantadas no caso concreto e as circunstâncias que orbitaram em torno da referida contratação** ao concluir pela dispensabilidade de licitação.

Não caberia a este órgão, aliás, proceder à análise circunstanciada, tendo, *in casu*, sua atuação se limitado a uma verificação objetiva **levando em conta apenas a natureza da contratação** (contratação de instituição para a implementação do Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS). Daí porque sua conclusão quanto à pertinência da dispensa de licitação na contratação do instituto *Sollus*, em duas oportunidades, não poderia ter o alcance esperado pelo paciente.

A jurisprudência é unânime no sentido da autonomia e independência das esferas civil, penal e administrativa, razão pela qual eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera cível ou de procedimento administrativo não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente.

Nesse sentido:

*EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ANÁLISE APROFUNDADA DE FATOS E PROVAS QUE NÃO É ADMITIDA NA VIA ESTREITA DO PRESENTE WRIT. I - Denúncia que bem individualiza as condutas e expõe o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permitir o exercício do direito de defesa. II - O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. III - **As esferas administrativa e penal são independentes, razão pela qual o arquivamento de procedimento administrativo não vincula a atuação do Ministério Público na instância penal.** IV - Não se admite, na via estreita do habeas corpus, a análise aprofundada de fatos e provas. V - Ordem denegada. A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. Falaram: pelo paciente, o Dr. Tércio Lins e Silva, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves, Subprocurador-Geral da República. 1ª. Turma, 05.12.2006.) (HC - HABEAS CORPUS null, RICARDO LEWANDOWSKI, STF.) (g.n.)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES. RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE DUAS AÇÕES PENAIS ANTE A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ACÓRDÃO DA CORTE DE ORIGEM QUE RESSALVOU A COMPETÊNCIA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL AÇÃO PENAL. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DESTA SODALÍCIO. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Ao contrário do que sustentado pelo patrono do recorrente, ao julgar apelação interposta contra decisão que extinguiu ação civil de improbidade sem julgamento de mérito, a Corte de origem não reconheceu expressamente que não teriam ocorrido danos ao erário federal, mas apenas consignou que, para fins de fixação da competência cível, não estariam presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, ressalvando a possibilidade de a Justiça Federal apreciar eventual crime decorrente dos mesmos fatos, nos termos do enunciado 208 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. 2. **Ainda que assim não fosse, cumpre destacar que eventual decisão proferida em ação civil pública de improbidade administrativa também ajuizada contra o ora recorrente pelos mesmos fatos não vincula o Juízo criminal, dada a independência entre as referidas esferas.** Precedente. 3. Recurso improvido. (STJ,RHC 44.770/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI,QUINTA TURMA, DJe 14/8/2014)(g.n.)*

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO, QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. ELEMENTARES DOS TIPOS PENAIIS DESCRITAS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. ORDEM CONCEDIDA NO HC 120.318/AM. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA-PROCESSUAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes. 3. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu que na denúncia há indícios de autoria e tipicidade da conduta imputada ao recorrente, agente fiscal de rendas da SEFAZ/SP, diante da presença dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e da independência e autonomia das instâncias administrativas, civil e penal. 4. **A jurisprudência desta Corte é no sentido da autonomia e independência das esferas civil, penal e administrativa, razão porque eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente.** 5. Não obstante o reconhecimento de que o paciente agiu de forma culposa no âmbito civil/administrativo, a denúncia narra fatos mais abrangentes daqueles investigados no Procedimento Preparatório na esfera administrativa, envolvendo outra empresa, além de o período ser distinto, razão pela qual não há falar em ausência de justa causa para persecução penal, pelo arquivamento do inquérito civil instaurado em seu desfavor. 6. No caso em exame, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve as condutas atribuídas ao paciente, consubstanciadas na obtenção fraudulenta de créditos inexistentes de ICMS, na inserção de dados falsos em documento público e na prática de ato de ofício contrário à disposição legal tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, além do período em que ocorreram as práticas delituosas, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios. 7. Registra-se a ausência de similitude fática-processual deste feito com o HC 120.318/AM, no qual o relator concedeu a ordem, a fim de extinguir a ação penal do corréu, uma vez que investigado em procedimento preparatório distinto, envolvendo outra empresa (ASTRA), em períodos diferentes (2003 a julho de 2004). 8. Writ não conhecido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator. SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ODEL MIKAEL JEAN ANTUN (P/PACTE) (STJ, HC - HABEAS CORPUS - 306865 2014.02.66679-4, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/10/2017). (g.n.)

Nesse sentido, ainda, aresto desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE DO ATO COATOR. DESCONSTITUIÇÃO DAS PROVAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PREJUDICIAL. NÃO RECONHECIMENTO. - A demanda originária deste recurso é uma ação de improbidade na qual foi indeferida a suspensão do processo. - A decisão agravada indeferiu o pedido, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 (fl. 10). O dispositivo em questão prevê as penas a serem aplicadas ao agente responsável pelo ato de improbidade, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica. - **A independência entre as esferas administrativa e judicial é pacífica na jurisprudência pátria.** - Não se afigura presente a aludida prejudicial de mérito em relação à prática de improbidade que lhe é imputada na ação de origem, decorrente da eventual anulação do processo administrativo no âmbito do mandado de segurança. Ressalte-se que a suspensão do feito foi requerida logo após o ato de recebimento da inicial, em cuja fase não é condição necessária a prova definitiva da conduta ímproba, já que bastam indícios verossímeis de sua ocorrência no plano material e de autoria (Lei 8.429/92, artigo 17, § 6º), os quais poderão ser confirmados ou desqualificados no transcorrer da instrução probatória. - Ainda que assim não se entendesse, sublinhe-se que o STJ prosseguiu no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.053/DF impetrado pelo recorrente e denegou a segurança. - A decisão agravada deve, portanto, ser mantida. - Agravo de instrumento desprovido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 546594 0030616-45.2014.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/06/2018) (g.n.)

Quanto às inconsistências sobre as quais se insurge o paciente, tem-se que:

a) Relativamente ao contrato n. 094/2007, foi observado que as propostas inicialmente enviadas pela Secretaria de Saúde à Secretaria de Assuntos Jurídicos, foram as dos Institutos *Sollus* e *Itaface*. Foi ainda descrito que o Instituto *Sollus* é administrado por Marcus Sinji Doi e Igor Dias da Silva, ao passo que o *Itaface* é presidido por Dirce Yoshie Doi. Em pesquisas realizadas pelo Ministério Público Federal constatou-se que **Marcus e Dirce são irmãos**. Não bastasse isso, **os referidos institutos estão localizados no mesmo endereço** – Praça Berim, 77, Sorocaba. Somente após parecer do Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, exarado em 31.07.2007, que indicou a necessidade de cotejo analítico entre todas as propostas apresentadas, é que foram encaminhadas pela Secretaria de Saúde as demais propostas elaboradas pelos Institutos *Interset*, *Finatec* e *Funcade* (embora não juntadas no procedimento administrativo) e que já haviam sido apresentadas, respectivamente, em 11.06.2007, 04.06.2007 e 16.07.2007. **Aferiu-se, desse modo, que embora tenha havido cautela por parte do paciente ao solicitar o cotejo analítico das propostas ora faltantes, ainda assim, a administração teria deixado de observar formalidades pertinentes à dispensa de licitação, omitindo-se em apresentar a totalidade dos proponentes desde o início. Esses fatos reforçam o argumento do Ministério Público Federal de que as propostas seriam combinadas e que o procedimento seria direcionado, com a intenção de que o Instituto *Sollus* ganhasse a competição em prejuízo ao interesse público, de forma a merecer apuração para cabal esclarecimento;**

A Comissão Técnica da Secretaria de Saúde de Osasco que analisou as propostas apresentadas, inicialmente, pelos Institutos *Sollus* e *Itaface* manifestou-se pela contratação do primeiro, **em parecer exarado aos 04.06.2007** (fl. 94 do apenso II). Contudo, **restou apurado que a proposta apresentada pelo Instituto *Sollus* possui data posterior à referida manifestação, qual seja, 25/06/2007, enquanto que a proposta do *Itaface* sequer possui data**, o que reforça ainda mais os indícios de que possa ter havido direcionamento para a contratação do *Sollus*, visando interesses meramente privados.

Portanto, apesar das inconsistências, o ora paciente apresentou parecer jurídico dispensando a licitação e, de certa forma, respaldando o procedimento administrativo iniciado pela Secretaria de Saúde.

b) No tocante ao contrato n. 069/2009, verificou-se que após rescisão de contrato anterior, foi encaminhado pela Secretaria de Saúde à Secretaria de Assuntos Jurídicos pedido de nova contratação com urgência, para manutenção do Programa de Implementação de Agentes Comunitários de Saúde - PACS. Em ato contínuo, os institutos *Unileste*, *Fipe* e *Sollus* apresentaram suas propostas. Novamente, o instituto *Sollus* foi o vencedor. Apurou-se, todavia, que **os Institutos *Unileste* e *Fipe* possuem o mesmo presidente**, Manoel Vidal Castro Melo, e **estão localizados no mesmo endereço**, sito, à Alameda dos Jurupis, 1005, Moema, São Paulo/SP. Em declaração prestada, em sede policial, pelo presidente dos referidos institutos (fls. 225/226 dos autos físicos), o declarante disse que não havia motivo para a Secretaria de Saúde de Osasco solicitar orçamentos aos institutos *FIP* e *Unileste*, pois era de conhecimento do referido órgão que **esses não tinham experiência na área de PAC/PSF**, sendo forçoso, novamente, reconhecer a ilação feita pelo Ministério Público Federal quanto à eventual possibilidade de que o processo de contratação teria sido direcionado para que o instituto *Sollus* fosse o vencedor. Consta ainda dos autos que os integrantes da Comissão Técnica da Secretaria de Saúde, anteriormente citada, Jaqueline de Pascali, Nelson Bedin e Dante Gambardella, os quais, à época dos fatos, ocupavam, respectivamente, os cargos de Chefe do Departamento de Atendimento Primário, Diretor de Saúde Pública e Assessor Técnico, declararam em seus depoimentos prestados perante a autoridade policial, o seguinte: Nelson Bedin disse que analisou apenas a proposta do *Sollus* (fls. 125/126). Jaqueline, por sua vez, disse que não conhecia outras propostas além do *Sollus* (fls. 127/128) e, os dois afirmaram que foi Dante quem pediu para que eles assinassem (id 8278289).

De igual modo, teria mais uma vez, o paciente respaldado com seu parecer jurídico o procedimento administrativo licitatório iniciado pela Secretaria de Saúde.

Em ambos os contratos chama atenção a coincidência de datas: **em 31.08.2007, o Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos emitiu parecer considerando correta a dispensa de licitação** e, também na mesma data, o paciente, à época Secretário de Assuntos Jurídicos, manifestou-se favoravelmente e o Prefeito Municipal de Osasco, no mesmo dia, autorizou a contratação, tendo sido firmado o contrato nº 094/2007, entre o Município de Osasco e o *Instituto Sollus*, em 26.09.2007 (id 8278313). **Nos mesmos moldes, ocorreu a celebração do contrato nº 069/2009 firmado entre Município de Osasco e o Instituto *Sollus*, cujo parecer emitido em 24.08.2009 pelo Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, acolhido mais uma vez pelo paciente, na mesma data, na condição de Secretário de Assuntos Jurídicos**, e autorizado pelo chefe do Poder Executivo do Município de Osasco ainda no dia 24.08.2009 (id 8278318).

Por outro lado, a dispensa de licitação com a celebração de dois contratos verificados **gerou despesas administrativas que podem eventualmente ser consideradas lesivas ao patrimônio público**. A Auditoria do DENASUS constatou que a Prefeitura Municipal de Osasco, no período de setembro a dezembro de 2009 e do mês de maio a julho de 2010, utilizou recursos no total de R\$3.849.089,95; no período de janeiro a abril e de junho a julho de 2010, no total de R\$3.360.048,66 e, no período de dezembro de 2009 e de janeiro de 2010, no valor de R\$161.695,36, todos da Fonte 05 – Transferências Federais, para pagamento da Prestação de Serviços relativos ao contrato nº 069/2009 (id 8278309), firmado entre a Prefeitura de Osasco e o Instituto *Sollus*. Desta forma, **a regularidade dos contratos apontados necessita ser devidamente apurada para verificação de eventual prejuízo causado ao erário público**, o que somente se faz possível com a instrução processual penal.

Ademais, consoante conclusões do próprio DENASUS, foram ainda encontradas **irregularidades no tocante às prestações de contas encaminhadas pelo Instituto Sollus relativas à execução do contrato 069/2009**, que estariam em desacordo com os termos firmados, uma vez que as notas fiscais de prestação de serviço relativas ao PACS (contrato 069/2009), no período de setembro/2009 a julho/2010, não se referiam ao tipo de prestação contratada e a Prefeitura, na qualidade de contratante, não teria exigido do contratado, *Instituto Sollus*, o cumprimento de todos os compromissos assumidos (id8278309).

Portanto, **em ambos os contratos** há elementos indicativos de irregularidade patente que sugeriria, segundo a acusação orquestração licitatória, tais como:

- a) **Endereços idênticos de empresas concorrentes e pertencentes a irmãos;**
- b) **Empresas proponentes sem expertise na área específica (contrato 069/2009);**
- c) **Identidade de datas para pareceres de distintos órgãos administrativos (Departamento Consultivo da Secretaria de Assuntos Jurídicos, Secretaria de Assuntos Jurídicos e Prefeito);**
- d) **Secretaria de Saúde omitindo outros proponentes;**
- e) **Prestação de contas aparentemente irregular e**
- f) **Eventual dano ao erário.**

Neste contexto, **os pareceres exarados pelo paciente**, à época Secretário de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Osasco/SP, dispensando a exigência de licitação nos contratos nºs 94/2007 e 69/2009, firmados entre o *Instituto Sollus* e a Prefeitura de Osasco, **mostraram-se extremamente relevantes, na medida em que sem eles referidas contratações não se materializariam**.

Por fim, **incabível a análise de suposta ausência de dolo em sede de Habeas Corpus**, a ser aferida devidamente durante o processo penal em curso, até porque há de se perquirir inclusive eventual ocorrência de dolo eventual.

Desse modo, andou bem o magistrado apontado como coator ao receber a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal na justa medida em que imperiosa a necessidade dos esclarecimentos dos fatos, os quais se descortinarão durante a regular instrução do processo, pautando-se pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

E, conforme anteriormente já apontado, na fase de recebimento da denúncia, bem como de apreciação das respostas à acusação, vige o princípio *in dubio pro societate*, de modo que o magistrado deve sopesar a exigência de lastro mínimo probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio (justa causa - adequação da conduta a um dado tipo penal, conduta esta que deve ser punível e encontrar-se amparada por um mínimo probatório a indicar quem seria o autor do fato típico) a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis* estatal a exigir prova plena da ocorrência de infração penal, o que efetivamente foi levado a efeito pela autoridade judicial apontada como coatora.

Impossível, ainda, o acolhimento de argumentação no sentido de que o **r. provimento judicial que refutou a resposta à acusação ofertada pelo paciente padeceria de vícios** a inquiná-lo de nulo na justa medida em que **as teses apresentadas foram devidamente apreciadas**, donde se conclui, aliada à ideia de que tal decisão possui natureza jurídica de interlocutória, a correção quanto ao imperativo constitucional que impõe a motivação dos atos emanados do Poder Judiciário.

Ademais, ressalte-se que a absolvição sumária do acusado com base na inexistência de justa causa para a ação penal impõe que o julgador tenha formado sua convicção de **maneira absoluta** nesse sentido na justa medida em que defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime). Aliás, trata-se de constatação amparada na própria dicção do art. 397 do Código de Processo Penal, que aduz que somente haverá a absolvição sumária do acusado quando for **manifesta** a existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou quando o fato narrado **evidentemente** não constituir crime.

Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento em nossos C. Tribunais Superiores, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que o ato judicial que refuta a resposta à acusação ofertada, por configurar decisão interlocutória, não demanda exaustiva fundamentação (até mesmo para que não haja a antecipação da fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial), sendo que tal proceder não ofende o art. 93, IX, da Constituição Federal (que exige profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão somente no momento da prolação de sentença penal condenatória ou absolutória).

Firmadas tais premissas, não se vislumbra qualquer situação (tal qual quer fazer crer o paciente) apta a ensejar o trancamento da ação penal subjacente, **de forma inequívoca e sem a necessidade do revolvimento do arcabouço fático-probatório**, acerca da atipicidade da conduta, da comprovação do dolo específico e do efetivo dano ao erário.

Ausentes os pressupostos autorizadores, **INDEFIRO** a liminar pleiteada.

Requisitem-se informações.

Após, ao MPF.

P.I.C.

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 60762/2018

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0035891-19.2012.4.03.9999/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2012.03.99.035891-4/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|------------------------|---|---|
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI |
| APELANTE | : | DORIVAL DA SILVA JUNIOR |
| ADVOGADO | : | SP121503 ALMYR BASILIO |
| APELANTE | : | SILVIO CARLOS DA SILVA |
| ADVOGADO | : | SP155362 JOSEMAR ANTONIO BATISTA e outro(a) |
| APELADO(A) | : | Justica Publica |
| EXTINTA A PUNIBILIDADE | : | DORIVAL SILVA |
| ABSOLVIDO(A) | : | MARIA APARECIDA ROSSI DA SILVA |
| No. ORIG. | : | 2004.61.08.006934-0 3 Vr BAURU/SP |

DESPACHO

Oficie-se a Secretaria da Receita Federal do Brasil em Bauru/SP, requerendo informações acerca da data da publicação do ato formal de exclusão da contribuinte do programa de parcelamento previsto no art. 1º, da Lei nº 11.941/09, relativamente ao DEBCAD nº 35.481.762-0.

Instrua-se com cópia do Ofício de fls. 1796/1796v.

Com a vinda das informações, dê-se nova vista dos autos, sucessivamente, ao MPF e à defesa.

São Paulo, 19 de novembro de 2018.

JOSÉ LUNARDELLI

00002 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0035891-19.2012.4.03.9999/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2012.03.99.035891-4/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|------------------------|---|---|
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI |
| APELANTE | : | DORIVAL DA SILVA JUNIOR |
| ADVOGADO | : | SP121503 ALMYR BASILIO |
| APELANTE | : | SILVIO CARLOS DA SILVA |
| ADVOGADO | : | SP155362 JOSEMAR ANTONIO BATISTA e outro(a) |
| APELADO(A) | : | Justica Publica |
| EXTINTA A PUNIBILIDADE | : | DORIVAL SILVA |
| ABSOLVIDO(A) | : | MARIA APARECIDA ROSSI DA SILVA |
| No. ORIG. | : | 2004.61.08.006934-0 3 Vr BAURU/SP |

DECISÃO

Fl. 2011- O advogado constituído pelo réu DORIVAL DA SILVA JUNIOR noticia renúncia aos poderes a ele outorgados pelo acusado. Nos termos do art. 112, do Código de Processo Civil, o advogado "poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor", providência não demonstrada nos autos pelo advogado constituído "Josemar Antonio Batista".

Considerando, ademais, que, após a notificação da renúncia, o advogado permanece representando o mandante pelo prazo de dez dias, determino a publicação do despacho de fl. 2002 e da presente decisão, no nome de Josemar Antonio Batista, OAB/SP nº 155.362, na qualidade de advogado do réu DORIVAL DA SILVA JUNIOR.

Sem prejuízo, intime-se pessoalmente o acusado DORIVAL DA SILVA JUNIOR para que constitua novo advogado, em 10 (dez) dias, advertindo-o no sentido de que a omissão implicará na nomeação de defensor público.

- Fls. 2004/2007:

A presente ação penal foi desmembrada da Apelação Criminal nº 0006934-22.2004.403.6108 e permaneceu suspensa, diante da notícia de que o crédito tributário objeto da NFLD nº 35.481.762-0 estava incluído no parcelamento previsto no art. 1º, da Lei nº 11.941/09 (fls.1756/1774).

Por meio do ofício de fl. 1976, a Procuradoria da Fazenda Nacional em Bauru/SP noticiou a exclusão do contribuinte SILVA TINTAS LTDA., CNPJ nº 45.011.442/0001-71, do programa de parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009, por inadimplência. Constou, ainda, que "o DEBCAD de nº 35.481.762-0 está aguardando a rescisão sistêmica do referido parcelamento, com a devida imputação dos pagamentos efetivados, para que sua exigibilidade retorne para ativa."

Intimada a se manifestar acerca do teor do referido ofício, a defesa, às fls. 1991/2000, aduziu:

- i. a nulidade da sentença referente à NFLD nº 35.481.762-0, porque, quando proferida (em 16/12/2009), o crédito tributário já estava parcelado (data da inclusão: 15/10/2009);
- ii. a ausência de requisito ao prosseguimento do feito, em razão da "não rescisão sistêmica do parcelamento com a devida imputação ao pagamento";
- iii. que a prescrição da pretensão punitiva estatal foi reconhecida nos autos principais e, portanto, "novo julgamento referente ao mesmo delito [...] seria promover um segundo julgamento sobre o mesmo fato, já apreciado anteriormente";
- iv. a necessidade de que seja acolhido o pedido deduzido no apelo da defesa de redução da pena-base e de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Requeru, na mesma peça, (i) a expedição de ofício à PGFN para comprovar "a comunicação pessoal dos réus, como determina o §9º da Lei do Refis da Crise"; (ii) a manutenção da suspensão do feito, enquanto não comprovada a regularidade da rescisão do parcelamento; (iii) a anulação da sentença de primeiro grau; ou subsidiariamente, (iv) o provimento total da apelação criminal ou, ao menos, a redução da pena corporal e sua substituição por penas restritivas de direitos.

Foi determinada a expedição do ofício, nos moldes requeridos pela defesa (fl. 2002), tendo retornado a resposta da PSFN de Bauru de fl. 2006, informando a exclusão formal do parcelamento, em 14/09/2018, a rescisão no sistema e a atual exigibilidade do DEBCAD nº 35.481.762-0 (ofício datado de 27/11/2018).

O Ministério Público Federal manifestou-se, à fl. 2009, pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

DECIDO.

A exclusão formal do DEBCAD nº 35.481.762-0 do programa especial de parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009 restou plenamente demonstrada nos autos, assim como a exigibilidade do crédito tributário em comento.

Assim, não subsiste fundamento à manutenção da suspensão da presente ação penal.

As demais questões deduzidas pela defesa serão objeto de análise juntamente com o julgamento da apelação.
Ante o exposto, determino o prosseguimento da presente ação penal e do prazo prescricional.
P. I. Após, tornem conclusos para julgamento do apelo defensivo.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal