



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 240/2019 – São Paulo, quinta-feira, 26 de dezembro de 2019

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SUBSECRETARIA DOS FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005522-68.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: RAUL GOMES

Advogado do(a) AGRAVANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial interposto pela parte agravante a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

O recurso não merece admissão.

Primeiramente, não cabe o recurso por eventual violação ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil, dado que o acórdão hostilizado enfrentou o cerne da controvérsia submetida ao Judiciário, consistindo em resposta jurisdicional plena e suficiente à solução do conflito e à pretensão das partes. Nesse sentido, já se decidiu que *"Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador; ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso. A parte embargante, na verdade, deseja a rediscussão da matéria, já julgada de maneira inequívoca. Essa pretensão não está em harmonia com a natureza e a função dos embargos declaratórios prevista no art. 1022 do CPC. (EDcl no AgInt no AREsp 874.797/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 09/08/2016).*

No mais, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento dominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, firmado no sentido de não ser possível, em sede de execução, alegar matéria que não fora oportunamente suscitada e discutida no processo de conhecimento, em razão da preclusão e da coisa julgada. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. EXECUÇÃO. PRECLUSÃO DA POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO EM EMBARGOS DE MATÉRIA QUE DEVERIA TER SIDO LEVANTADA EM FASE DE CONHECIMENTO. PROCESSO DE EXECUÇÃO QUE DEVE ESTAR ADSTRITO AOS LIMITES DO DISPOSITIVO DO TÍTULO JUDICIAL, SOB PENA DE OFENSA À COISA JULGADA. INADMISSIBILIDADE.

1. *Cuida-se, na origem, de Ação de Embargos à Execução oposta pelo INSS contra cálculo do credor; o qual computou período em que se encontra aposentado, aumentando o valor da conta. Nesses termos, foi ajuizado Recurso Especial para combater o decisum de segundo grau de jurisdição que dispôs que deve haver cumulação, sob o fundamento de que a autarquia demorou a noticiar a aposentadoria do segurado.*

2. *Encontra-se preclusa a alegação da referida cumulação ante a coisa julgada operada em favor do embargado. Nesse diapasão, cumpre constar que a matéria devolvida em recurso sobre sentença que decida embargos à execução é restrita aos temas elencados no art. 741 do CPC. E, nos termos do art. 471 do sobredito diploma legal, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, operando-se a preclusão pro iudicato (AREsp 795149, Ministro Og Fernandes, 27/04/2017). 3. Ao assim decidir, é de se verificar que o Tribunal estadual se pôs em consonância com a compreensão firmada no âmbito do STJ, no sentido da impossibilidade de discussão, em Execução, de matéria não debatida no processo de conhecimento.*

4. *Aplica-se à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".*

Ressalte-se que o entendimento pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de admitir a aplicação da Súmula 83 aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "a" do aludido permissivo constitucional (cf. AgRg no AREsp 354.886/PI, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 11/5/2016).

5. *Recurso Especial de que não se conhece.*

(REsp 1666249/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 19/06/2017)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO QUE DEVE ESTAR ADSTRITO AOS LIMITES DO DISPOSITIVO DO TÍTULO JUDICIAL, SOB PENA DE OFENSA À COISA JULGADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. *A função jurisdicional no processo de execução está adstrita aos estreitos limites do dispositivo do título judicial que se busca satisfazer; de sorte que ao Juízo da Execução, cumpre apenas dar cumprimento ao comando emanado do título executivo, que, na hipótese de ser proveniente de uma ação judicial, tem sua extensão imposta pela parte dispositiva do julgado.*

2. *Tem-se por preclusa toda a matéria que a parte poderia ter deduzido no Processo de Conhecimento, que deu origem à sentença de mérito transitada em julgado, sendo, por conseguinte, inadmissível a pretensão de se discuti-la na execução.*

3. *Recurso Especial desprovido.*

(REsp 1214203/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 10/12/2014)

A pretensão recursal, destarte, encontra óbice no enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, aplicável, também, quando da interposição de recurso com base no permissivo da alínea "a" do artigo 105, III, da Carta Magna.

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

Int.

São Paulo, 12 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005449-62.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: JOAO EVANGELISTADOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCIENE SOUSA SANTOS - SP272319-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso especial interposto pelo agravante contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

A presente impugnação não pode ser admitida.

A discussão trazida em sede recursal encontra óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (*"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."*), haja vista que, para alterar o entendimento do acórdão recorrido, seria preciso revolver todo o substrato fático-probatório dos autos.

Finalmente, descabe o recurso quanto à interposição pela alínea "c", uma vez que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto com base na qual deu solução à causa a Corte de origem. Nesse sentido, *v.g.*, AgRg no REsp 1.317.052/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 9/5/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.358.655/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 16/04/2013.

Ante o exposto, não admito o recurso especial.

Intimem-se.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Defende a parte recorrente que o acórdão viola os dispositivos constitucionais que aponta.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

Verifico de pronto, que o presente feito versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, e que estão submetidos a sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculados aos Temas 491; 492 e 905 - STJ e ao Tema 810 - STF.

Não remanesce em favor da parte recorrente, nenhuma possibilidade de acolhida da tese por ela sustentada em suas razões, vez que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 870.947 - Tema 810, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, verbis:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido."

(RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017) (grifamos)

Em julgamento datado de 03.10.2019, o Pretório Excelso rejeitou os embargos de declaração opostos, sem modulação dos efeitos da decisão proferida nos autos do RE 870.947, sustentando, assim, a higidez do acórdão de mérito pela Suprema Corte:

"Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019." (grifamos)

Nesse diapasão, ficam autorizados os tribunais pátrios a aplicarem a tese enfrentada, na esteira do que decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai das ementas dos julgados a seguir transcritas, verbis:

"REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(RE 579431 ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 21-06-2018 PUBLIC 22-06-2018) (grifamos)

"EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM 15.3.2005. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a repercussão geral da questão relativa à incidência do ICMS na importação de bens por meio de arrendamento mercantil, RE 540.829-RG/SP. No sistema da repercussão geral, a decisão proferida no leading case deve ser aplicada a todos os recursos análogos, independentemente dos fundamentos específicos que os sustentam. O que releva é a questão constitucional decidida, não a causa petendi do apelo extremo. Concluído o julgamento do paradigma, cabe aos Tribunais de origem apreciar os recursos sobrestados, nos termos do art. 543, § 3º, do CPC, considerando o contexto fático-probatório dos autos. Agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(AI 621722 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013) (grifamos)

"EMENTA. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Embargos com o objetivo de sobrestamento do feito. Aposentadoria especial. Conversão de tempo comum em especial. Repercussão geral. Ausência. Análise concluída. Trânsito em julgado. Desnecessidade. Multa imposta no julgamento do agravo regimental. Afastamento. Precedentes.

1. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 2. Não havendo manifesta improcedência no recurso anteriormente interposto, é incabível a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão somente para afastar a multa imposta no julgamento do agravo regimental."

(RE 1035126 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 19-10-2017 PUBLIC 20-10-2017) (grifamos)

Porquanto, estando o acórdão recorrido consonante com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

Não é plausível, por conseguinte, a alegação de ofensa à Constituição da República.

Dessa forma, destoando a pretensão recursal da orientação firmada pelo Pretório Excelso, aplicável, na espécie, os artigos 1.030, I, "a", segunda parte, c/c 1.040, I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.

Respeitadas as cautelas de praxe, baixemos autos ao MM. Juízo de origem.

Dê-se ciência.

São Paulo, 11 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006636-42.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO, ANTONIO PALMIERI GRIMALDI, ANTONIO CAPEZZUTO, AUGUSTINHO MEIRELLES, CARMELO MAESTRZ POMARES, CAETANO PINTON, DOMINGOS PINHEIRO, ELZAI MEMMO, FERNANDO MORETTO, IRENE CELESTINA MAIOLINO, JOSE CARLOS VIRIATO DE FREITAS, JORGE JAMIL VIOLINI, LUIZ PITTA, LINDOLFO PAULO HUBER, LUIZ XAVIER PERES, NAPOLEAO PINTON, PASCHOAL CAVALLARI, PEDRO CARLOS FUSCO, SALVADOR KALIL SAUMA REZK, IRES FIGLIOLI MANCUSO

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: PAULO ROGERIO SCORZA POLETTO - SP282378-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela parte agravante a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Verifica-se que a parte recorrente não efetuou o pagamento do valor correspondente ao porte de remessa e retorno quando da interposição do recurso extraordinário, o que implica a deserção do recurso, ex vi do disposto no artigo 1.007 do Código de Processo Civil.

Registre-se que a parte não comprovou que anterior pedido de assistência judiciária tenha sido deferido expressamente, nem recolheu o preparo ou porte de remessa e retorno apesar de intimada.

Nesse sentido:

RECURSO - DESERÇÃO - ARTIGO 1.007 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o extraordinário foi interposto na vigência do Código de Processo Civil de 2015, a comprovação do recolhimento do preparo há de ser feita no prazo do recurso, ou naquele fixado para a respectiva regularização, sob pena de deserção. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Ante o disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, fica afastada, no julgamento de recurso, a majoração de honorários advocatícios quando ausente fixação na origem. AGRAVO - MULTA - ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente inadmissível ou improcedente, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância protelatória.

(ARE 1081517 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 10-05-2018 PUBLIC 11-05-2018)

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil. Complementação do preparo. Ausência. deserção. Precedentes. 1. Segundo a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos termos da norma do art. 511, § 2º, do CPC de 1973 (correspondente ao art. 1.007, § 2º, do CPC de 2015), a insuficiência do valor recolhido a título de preparo só implicará deserção se o recorrente, intimado a complementar o valor, não o fizer no prazo legal. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

(ARE 1194764 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 28/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 08-08-2019 PUBLIC 09-08-2019)

Ante o exposto, não admito o recurso extraordinário.

Int.

São Paulo, 11 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007911-94.2015.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: BENEDICTA DE LOURDES VALERIANO DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN - SP299126-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: LENITA FREIRE MACHADO SIMAO - SP245134-B

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela parte autora a desafiar acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Decido.

O recurso é de ser inadmitido, pois ausente um dos requisitos genéricos de admissibilidade.

Com efeito, as razões veiculadas no recurso extraordinário encontram-se dissociadas do *decisum* recorrido, evidenciando impedimento à sua admissão.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - É inadmissível o recurso extraordinário, consoante a Súmula 284 desta Corte, se as razões recursais estão dissociadas dos fundamentos da decisão recorrida.

II - Agravo regimental improvido."

(AgR ARE 656022, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 16-11-2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE: RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DISSOCIADAS DA MATÉRIA TRATADA NO JULGADO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(AgRAI 820176, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 24-02-2011)

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

Intimem-se.

São Paulo, 12 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0004495-87.2013.4.03.6119

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: JULLYA ARAGÃO DA SILVA, GUILHERME ARAGÃO DA SILVA, SOPHIA BHEATRIZ ARAGÃO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: SAMUEL MOTA DE SOUZA REIS - MG90253

APELADO: GUILHERME ARAGÃO DA SILVA, JULLYA ARAGÃO DA SILVA, SOPHIA BHEATRIZ ARAGÃO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: SAMUEL MOTA DE SOUZA REIS - MG90253

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: HULDAAIRES BRITO ARAGAO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: FERNANDO DE SOUZA CARVALHO

D E C I S Ã O

Tendo em vista a realização de juízo positivo de retratação na espécie, a abranger a integralidade do objeto dos recursos excepcionais interpostos pela parte autora, declaro neste ato *prejudicados* esses recursos.

Int.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Defende a parte insurgente que o acórdão recorrido viola os dispositivos infraconstitucionais que menciona.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

Primeiramente, Não remanesce em favor da recorrente nenhuma possibilidade de acolhida de sua tese, vez que o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **REsp nº 1.485.417/MS**, processado segundo o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973 (artigo 1036, do CPC/2015), assentou que, para fins de concessão do benefício de auxílio-reclusão (art. 80, da Lei 8.213/1991), preservada a qualidade de segurado, o critério de aferição de renda do segurado desempregado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição, consoante aresto cuja ementa é a seguir transcrita, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO OU SEM RENDA EM PERÍODO DE GRAÇA. CRITÉRIO ECONÔMICO. MOMENTO DA RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE RENDA. ÚLTIMO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO AFASTADO. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A controvérsia submetida ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008 é: "definição do critério de renda (se o último salário de contribuição ou a ausência de renda) do segurado que não exerce atividade remunerada abrangida pela Previdência Social no momento do recolhimento à prisão para a concessão do benefício auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991)". FUNDAMENTOS DA RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA 2. À luz dos arts. 201, IV, da Constituição Federal e 80 da Lei 8.213/1991, o benefício auxílio-reclusão consiste na prestação pecuniária previdenciária de amparo aos dependentes do segurado de baixa renda que se encontra em regime de reclusão prisional.

3. O Estado, através do Regime Geral de Previdência Social, no caso, entendeu por bem amparar os que dependem do segurado preso e definiu como critério para a concessão do benefício a "baixa renda".

4. Indubitavelmente o critério econômico da renda deve ser constatado no momento da reclusão, pois nele é que os dependentes sofrem o baque da perda do seu provedor.

5. O art. 80 da Lei 8.213/1991 expressa que o auxílio-reclusão será devido quando o segurado recolhido à prisão "não receber remuneração da empresa".

6. Da mesma forma o § 1º do art. 116 do Decreto 3.048/1999 estipula que "é devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado", o que regula a situação fática ora deduzida, de forma que a ausência de renda deve ser considerada para o segurado que está em período de graça pela falta do exercício de atividade remunerada abrangida pela Previdência Social. (art. 15, II, da Lei 8.213/1991).

7. Aliada a esses argumentos por si sós suficientes ao desprovimento do Recurso Especial, a jurisprudência do STJ assentou posição de que os requisitos para a concessão do benefício devem ser verificados no momento do recolhimento à prisão, em observância ao princípio *tempus regit actum*. Nesse sentido: AgRg no REsp 831.251/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23.5.2011; REsp 760.767/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 24.10.2005, p. 377; e REsp 395.816/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 2.9.2002, p. 260.

TESE PARA FINS DO ART. 543-C DO CPC/1973 8. Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.

CASO CONCRETO 9. Na hipótese dos autos, o benefício foi deferido pelo acórdão recorrido no mesmo sentido do que aqui decidido.

10. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ."

(REsp **1485417**/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 02/02/2018)

Por fim, verifico de pronto, que o presente feito também versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, e que estão submetidos a sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculados aos **Temas 491; 492 e 905 - STJ e ao Tema 810 - STF**.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento proferido em recurso especial representativo da controvérsia - **Resp nº 1.492.221**, assentou que, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. - TESES JURÍDICAS FIXADAS. 1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza. 1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário. 1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório. 2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. 3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E. 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E. 3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital. 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices. 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. - SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. 5. No que se refere à alegada afronta aos arts. 128, 460, 503 e 515 do CPC, verifica-se que houve apenas a indicação genérica de afronta a tais preceitos, sem haver a demonstração clara e precisa do modo pelo qual tais preceitos legais foram violados. Por tal razão, mostra-se deficiente, no ponto, a fundamentação recursal. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza previdenciária. Em relação aos juros de mora, no período anterior à vigência da Lei 11.960/2009, o Tribunal de origem determinou a aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87 (1%); após a vigência da lei referida, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, determinou a aplicação do INPC. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação acima delineada, não havendo justificativa para reforma. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ"

De igual sorte, no tocante a matéria, os fundamentos do apelo especial não autorizam a formulação de juízo positivo de admissibilidade, pelo fato de haver o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixado a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido."(RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017) (grifamos)

Em julgamento datado de 03.10.2019, foram rejeitados os embargos de declaração opostos, sem modulação dos efeitos da decisão proferida nos autos do **RE 870.947**, sustentando-se, assim, a higidez do acórdão de mérito pela Suprema Corte:

"Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019." (grifamos)

Nesse diapasão, ficam autorizados os tribunais pátrios a aplicarem a tese enfrentada, na esteira do que decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai das ementas dos julgados a seguir transcritas, verbis:

"REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(RE 579431 ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 21-06-2018 PUBLIC 22-06-2018) (grifamos)

"EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM 15.3.2005. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a repercussão geral da questão relativa à incidência do ICMS na importação de bens por meio de arrendamento mercantil, RE 540.829-RG/SP. No sistema da repercussão geral, a decisão proferida no leading case deve ser aplicada a todos os recursos análogos, independentemente dos fundamentos específicos que os sustentam. O que releva é a questão constitucional decidida, não a causa petendi do apelo extremo. Concluído o julgamento do paradigma, cabe aos Tribunais de origem apreciar os recursos sobrestados, nos termos do art. 543, § 3º, do CPC, considerando o contexto fático-probatório dos autos. Agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(AI 621722 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013) (grifamos)

"EMENTA. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Embargos com o objetivo de sobrestamento do feito. Aposentadoria especial. Conversão de tempo comum em especial. Repercussão geral. Ausência. Análise concluída. Trânsito em julgado. Desnecessidade. Multa imposta no julgamento do agravo regimental. Afastamento. Precedentes.

1. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 2. Não havendo manifesta improcedência no recurso anteriormente interposto, é incabível a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão somente para afastar a multa imposta no julgamento do agravo regimental."

(RE 1035126 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 19-10-2017 PUBLIC 20-10-2017) (grifamos)

Nesse passo, não remanesce, em favor da parte recorrente, nenhuma possibilidade de acolhida de suas teses, alternativa àquelas já firmadas pela colenda Corte Especial.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Respeitadas as cautelas de praxe, baixemos autos ao MM. Juízo de origem.

Dê-se ciência.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Defende a parte recorrente que o acórdão viola os dispositivos constitucionais que aponta.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **ARE 1.163.485 RG/SP** assentou a *inexistência de repercussão geral* da matéria relativa aos *critérios legais de aferição da renda do segurado, para fins de percepção do benefício do auxílio-reclusão*, por demandar exame de legislação infraconstitucional. A ementa do citado precedente, **transitado em julgado em 18.12.2018**, é a que segue:

"EMENTA Recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Benefício de auxílio-reclusão. Requisitos legais para a concessão. Aferição de renda. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia sobre os critérios legais de aferição da renda do segurado, para fins de percepção do benefício do auxílio-reclusão. (ARE 1163485 RG, Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE, julgado em 15/11/2018, DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018)"

Por fim, verifico de pronto, que o presente feito também versa sobre a aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, e que estão submetidos a sistemática dos recursos repetitivos e/ou da repercussão geral, vinculados aos Temas 491; 492 e 905 - STJ e ao Tema 810 - STF.

Não remanesce em favor da parte recorrente, nenhuma possibilidade de acolhida da tese por ela sustentada em suas razões, vez que o excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 870.947 - Tema 810**, fixou as seguintes teses pela sistemática da repercussão geral, verbis:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIOW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido."

(RE 870947, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017) (grifamos)

Em julgamento datado de 03.10.2019, o Pretório Excelso rejeitou os embargos de declaração opostos, sem modulação dos efeitos da decisão proferida nos autos do RE 870.947, sustentando, assim, a higidez do acórdão de mérito pela Suprema Corte:

"Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019." (grifamos)

Nesse diapasão, ficam autorizados os tribunais pátrios a aplicarem a tese enfrentada, na esteira do que decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai das ementas dos julgados a seguir transcritas, verbis:

"REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(RE 579431 ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 21-06-2018 PUBLIC 22-06-2018) (grifamos)

"EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM 15.3.2005. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a repercussão geral da questão relativa à incidência do ICMS na importação de bens por meio de arrendamento mercantil, RE 540.829-RG/SP. No sistema da repercussão geral, a decisão proferida no leading case deve ser aplicada a todos os recursos análogos, independentemente dos fundamentos específicos que os sustentam. O que releva é a questão constitucional decidida, não a causa petendi do apelo extremo. Concluído o julgamento do paradigma, cabe aos Tribunais de origem apreciar os recursos sobrestados, nos termos do art. 543, § 3º, do CPC, considerando o contexto fático-probatório dos autos. Agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(AI 621722 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013) (grifamos)

"EMENTA. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. Embargos com o objetivo de sobrestamento do feito. Aposentadoria especial. Conversão de tempo comum em especial. Repercussão geral. Ausência. Análise concluída. Trânsito em julgado. Desnecessidade. Multa imposta no julgamento do agravo regimental. Afastamento. Precedentes. 1. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. 2. Não havendo manifesta improcedência no recurso anteriormente interposto, é incabível a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão somente para afastar a multa imposta no julgamento do agravo regimental."

(RE 1035126 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 19-10-2017 PUBLIC 20-10-2017) (grifamos)

Porquanto, neste particular, estando o acórdão recorrido consonante com a jurisprudência da Suprema Corte, autorizada a dizer, com cunho definitivo, acerca de interpretação de postulado de natureza constitucional, impõe-se o juízo negativo de admissibilidade do recurso excepcional.

Não é plausível, por conseguinte, a alegação de ofensa à Constituição da República.

Ante todo o exposto, com fulcro no artigo 1030, I, alíneas *a e b* do Código de Processo Civil, *nego sequi*mento ao recurso extraordinário.

Respeitadas as cautelas de praxe, baixemos autos ao MM. Juízo de origem.

Dê-se ciência.

São Paulo, 13 de dezembro de 2019.

SUBSECRETARIA DA 1ª SEÇÃO

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025254-98.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 06-02-2020

Horário: 14:00

Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5017539-39.2018.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 06-02-2020

Horário: 14:00

Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5017424-18.2018.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 06-02-2020

Horário: 14:00

Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5015108-32.2018.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 06-02-2020

Horário: 14:00

Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025437-69.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 06-02-2020

Horário: 14:00

Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025742-53.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 06-02-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025301-72.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 06-02-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 19 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5025161-38.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento
Data: 06-02-2020
Horário: 14:00
Local: 16º andar - Q1 - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA(221) Nº 5025161-38.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA(221) Nº 5025131-03.2019.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA(221) Nº 5025329-40.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - JUIZ CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5031482-26.2018.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 4ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 6ª VARA FEDERAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5023605-98.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - JUIZ CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5025301-72.2019.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5003562-43.2019.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE/MS - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TRÊS LAGOAS/MS - 1ª VARA FEDERAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5025131-03.2019.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP - JEF

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5006789-41.2019.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 2ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP - 3ª VARA FEDERAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO 06/02/2020

PRESENCIAL

O processo supra referido foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06.02.2020

Horário: 14:00 hs - LOCAL - 16º ANDAR

Local: - PRIMEIRA SESSÃO - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

SUBSECRETARIA DA 2ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5029475-61.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AUTOR: UNIAO FEDERAL

RÉU: CONSTRUTORA FERREIRA GUEDES S A, CIPULLO, HARADA, BEZERRA E SANTOS SOCIEDADE DE
ADVOGADOS, POMPEU, LONGO & KIGNELADVOGADOS
Advogado do(a) RÉU: RODRIGO FORLANI LOPES - SP253133
Advogado do(a) RÉU: RODRIGO FORLANI LOPES - SP253133
Advogados do(a) RÉU: MARCELO ROITMAN - SP169051, ANTONIO AUGUSTO POMPEU DE TOLEDO - SP28932

ATO ORDINATÓRIO

Fica a parte ré intimada do r. despacho Id 107648612.

São Paulo, 23 de dezembro de 2019.

SUBSECRETARIA DA 3ª SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5004767-10.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
AUTOR: JOSE ROBERTO DE OLIVEIRA BAGATTA
Advogado do(a) AUTOR: MARCIO ANTONIO VERNASCHI - SP53238-N
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos, em despacho .

Especifiquemas partes se têm outras provas a produzir, justificando-as, no prazo de cinco (05) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5004189-47.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
AUTOR: ANTONIO BARATTA
Advogado do(a) AUTOR: BENEDITO APARECIDO GUIMARAES ALVES - SP104442-N
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos, em despacho .

Especifiquemas partes se têm outras provas a produzir, justificando-as, no prazo de cinco (05) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5031666-45.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AUTOR: SUELY NEVES MARQUES PEREIRA
Advogado do(a) AUTOR: ELVIRA RITA ROCHA GIAMMUSSO - SP70097
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

I – Nos termos do art. 968, *caput*, c/c o art. 321, do CPC, promova a parte autora, no prazo de 15 (quinze) dias, a emenda da petição inicial para juntar cópia integral da peça inaugural da ação originária, tendo em vista que a reprodução acostada aos presentes autos não contém as fls. 8 daquela inicial (doc. nº 107.719.122, p. 3/13).

II- Após, voltem conclusos. Intime-se a parte autora.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5026838-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AUTOR: IVONE APARECIDA CAMARGO BORGES
Advogado do(a) AUTOR: HELDER ANDRADE COSSI - SP286167-N
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Id 107841102: Em sua contestação, o réu alega, preliminarmente, a falta de interesse de agir e requer a extinção da ação sem resolução de mérito.

Assim, intime-se a parte autora para manifestação em réplica, requerendo o que entender de direito.

Prazo: 15 (quinze) dias.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5025608-60.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA VANESSA MELLO
AUTOR: SIDNEI BATISTA DA SILVA
Advogado do(a) AUTOR: CRISTIANO HENRIQUE PEREIRA - SP221167-A
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos, em despacho.

Intime-se o autor para que, no prazo de 15 (quinze) dias, pronuncie-se sobre a contestação apresentada, *ex vi* do art. 351 do NCPC.

Dê-se ciência.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5032498-78.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AUTOR: ROBERTO ANDRADE RAVAGNANI
Advogado do(a) AUTOR: ERIKA VALIM DE MELO BERLE - SP220099-A
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Intime-se a parte autora para que, no prazo de 15 (quinze) dias, complementar a inicial, juntando aos autos cópias das peças principais da ação originária, entre as quais, documentos que a instruíram; decisão rescindenda e certidão de trânsito em julgado, bem como a declaração atualizada de hipossuficiência econômica, a fim de viabilizar a análise do pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, sob pena de indeferimento liminar do pedido.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5026908-23.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AUTOR: BERNARDO BOMCHAKIER

Advogado do(a) AUTOR: EDSON MACHADO FILGUEIRAS JUNIOR - SP198158-A

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Manifeste-se a parte autora, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca da contestação apresentada pelo INSS.

Intime-se.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5027098-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AUTOR: LUIZ VIEIRA PROCOPIO
Advogado do(a) AUTOR: WILSON MIGUEL - SP99858-A
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

A parte autora apresentou declaração de pobreza e requereu a justiça gratuita.

Tendo em vista que esta percebeu aposentadoria por tempo de contribuição no valor de R\$ 3.108,45 (três mil cento e oito reais e quarenta e cinco centavos), na competência de 11/2019, consoante apontam os dados do CNIS, e não há notícia de outros rendimentos, defiro a justiça gratuita requerida e dispenso-a do depósito prévio da multa a que alude o inciso II do artigo 968 do Código de Processo Civil.

Cite-se o réu para responder aos termos desta ação, no prazo de 15 (quinze) dias.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5017107-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AUTOR: FRANCISCO DE AZEVEDO DE OLIVEIRA

Advogados do(a) AUTOR: SUELY CAMACHO FERNANDES - SP197514, TAINA NAYARA DA SILVA FERNANDES - SP359289, FERNANDO FERNANDES - SP85520-A
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Id. 107949690: Em sua contestação, o réu suscita, preliminarmente, o não cabimento desta ação rescisória, em virtude do seu caráter meramente recursal.

Os argumentos que sustentam a preliminar arguida, todavia, tangenciam o mérito da ação.

Nesse passo, e por não terem sido alegadas outras preliminares em contestação, fica dispensada a réplica.

Da mesma forma, por se tratar de matéria unicamente de direito e por estarem presentes todos os elementos necessários ao exame da ação rescisória, desnecessária a produção de outras provas e a abertura de vista às partes para razões finais.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5027608-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AUTOR: MARCOS ALBERTO VASQUES DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AUTOR: ARNOLD WITTAKER - SP130889-A
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

I - À vista do documento nº 100.083.966, defiro à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, isentando-a, ainda, do depósito a que se refere o art. 968, inc. II, do CPC.

II - Cuida-se de ação rescisória proposta por Marcos Alberto Vasques de Oliveira em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à desconstituição da R. sentença proferida nos autos do processo nº 5008718-58.2017.4.03.6183.

Requer a concessão de tutela de urgência para fins de implantação do benefício de aposentadoria especial.

A despeito de constar na petição inicial que o autor pleiteia a concessão de tutela de urgência, não logrei encontrar fundamentação hábil a demonstrar que a ausência de provimento jurisdicional a ampará-lo poderia – ao menos por ora – gerar danos de difícil ou custosa reparação. Apesar de a apresentação de documentos comprovar ter havido o encerramento do vínculo laboral do demandante em período recente, é possível constatar que o mesmo obteve pagamento razoável a título de verbas rescisórias (doc. nº 100.087.690, p. 1).

Assim, ausente o *periculum in mora*, não há que se falar – no presente momento – em concessão da tutela de urgência.

Isso posto, indefiro a tutela requerida. Cite-se o réu para apresentar resposta no prazo de quinze dias, nos termos do art. 970, *caput*, do CPC. Int.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA (221) Nº 5028066-16.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 27 - DES. FED. DIVA MALERBI

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE AUTORA: LAURINDO PEREIRA DA SILVA

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: ROSANGELA DA ROCHA

D E C I S Ã O

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo Federal da 6ª Vara Federal de Guarulhos/SP em face do MM. Juízo Federal da 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP, nos autos de ação ordinária de natureza previdenciária proposta por FRANCISCO CANINDE DA FONSECA contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

A ação foi proposta perante a 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP que declarou-se absolutamente incompetente para o deslinde da controvérsia, determinando a remessa dos autos à Subseção Judiciária de domicílio da parte autora.

Os autos foram redistribuídos ao MM. Juízo da 6ª Vara Federal de Guarulhos/SP que suscitou o presente conflito negativo de competência, que por se tratar de competência relativa, não pode ser declinada de ofício, consoante Súmula nº 33 do E. STJ, mas arguida como questão preliminar de contestação pelo réu (art. 64, do CPC), o que não ocorreu.

Em r. decisão id. num. 102290221, foi designado o Juízo Suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas de urgência e solicitadas informações ao Juízo Suscitado, que enviou Ofício – Nº 4 – SP-PR-06V (id. 105257590).

Em seu parecer id. num. 107282923, o i. Representante do Ministério Público Federal opinou pelo procedência do presente conflito negativo, fixando-se a competência no juízo suscitado.

É o relatório.

Assinalo, de início, ser possível o julgamento monocrático do conflito de competência com base na tese firmada em julgamentos de casos repetitivos, nos termos do artigo 955, parágrafo único, do CPC/2015.

In casu, trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo r. MM. Juízo Federal da 6ª Vara Federal de Guarulhos/SP e suscitado o MM. Juízo Federal da 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP, nos autos da ação ordinária nº 5008454-70.2019.4.03.6183, ajuizada por LAURINDO PEREIRA DA SILVA contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando o restabelecimento do benefício previdenciário de auxílio-doença.

A questão vertida nos presentes autos cinge-se ao reconhecimento de ofício da incompetência do juízo em razão da parte autora ter domicílio em localidade não submetida a jurisdição da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, facultando, ainda, a parte autora, caso entenda mais acessível, desistir da ação, para apresentar a demanda perante o Juízo Estadual da sede da Comarca de sua residência.

Consoante previsto no art. 109, parágrafo 3º, da Constituição Federal, *in verbis*:

"Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal."

Neste sentido, trago a Súmula nº 689 do E. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou perante as varas federais da Capital do Estado-Membro."

Ademais, dispõe a Súmula nº 24 desta E. Corte Regional, *in verbis*:

"É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal".

Assim, tratando-se de competência territorial fixada pelo critério do domicílio, de natureza relativa, a alteração da competência não pode ser promovida de ofício, como pretende o magistrado, a teor da Súmula nº 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A competência relativa não pode ser declarada de ofício."

O entendimento sumulado encontra-se em perfeita consonância com o disposto no artigo 64 do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece que será alegada como questão preliminar de contestação a incompetência, absoluta ou relativa.

Portanto, não havendo a manifestação da parte, por meio de questão preliminar de contestação, vedada a declinação, *ex officio*, da competência territorial, prorrogando-se, assim a competência relativa, nos termos do art. 65, *caput*, do NCPC.

Trago à colação jurisprudência da Colenda 3ª Seção desta E. Corte Regional neste sentido, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DA CAPITAL DO ESTADO. SÚMULA 689 DO C. STF E SÚMULA 33 DO STJ. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO FORO DE ESCOLHADO AUTOR. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

1. A jurisprudência deste C. Tribunal, seguindo também a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça e do C. Supremo Tribunal Federal, firmara-se no sentido de que, em matéria de competência para o ajuizamento da ação previdenciária, é dado ao segurado ou beneficiário demandar perante a Justiça estadual de seu domicílio, quando não for sede de vara federal, ou na vara federal da subseção judiciária na qual o município de seu domicílio está inserido, ou até mesmo nas varas federais da capital do estado.

2. Ademais, dispõe a Súmula 24 deste E. Tribunal Regional Federal: "É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal".

3. Por outro lado, destaco recente entendimento, suscitado e firmado por integrantes desta E. Terceira Seção, nos autos do Conflito de Competência nº 5005982-21.2019.4.03.0000, de relatoria do eminente Desembargador Federal Baptista Pereira, relator para Acórdão o eminente Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, julgado em 27.06.2019, no sentido de que, não obstante a necessidade de se cumprir e respeitar o quanto sumulado pelo E. Supremo Tribunal Federal, certo é que desde a edição da Súmula 689, supra referida, houve profundas alterações na estrutura do Poder Judiciário Federal, com crescente interiorização da Justiça Federal, que, a cada dia, vem se aproximando mais dos cidadãos do interior dos Estados da Federação, quadro esse a justificar que a Suprema Corte possa revisitar seu precedente, com nova reflexão acerca dos fatos retratados e possível alteração de sua jurisprudência, formada num momento em que o acesso à Justiça Federal era mais difícil e restrito, quadro que restou alterado pelas profundas modificações ocorridas em sua estrutura, decorrentes de investimentos públicos realizados em tecnologia e na criação de inúmeras varas federais e de juizados especiais federais pelo interior de todo o Brasil, a não mais justificar, portanto, que o jurisdicionado escolha o juízo federal da Capital de seu Estado, sem qualquer justificativa processual.

4. Em que pese o precedente supra destacado, e, ainda que respeitáveis sejam seus argumentos a embasar a conclusão de estar superada a circunstância fática que levou à edição da Súmula 689 pelo C. STF, certo é que o artigo 46 e § 1º do CPC/2015 dispõe expressamente que a ação fundada em direito pessoal será proposta, em regra, no foro do domicílio do réu, podendo este, ainda, ser demandado em qualquer deles quando possuir mais de um domicílio, exatamente o caso do INSS, réu nas ações previdenciárias, que possui domicílio em praticamente todos os municípios do País.

5. Ademais, deve-se também ressaltar o disposto no artigo 65, “caput”, do CPC/2015, que dispõe prorrogar-se a competência relativa, caso não arguida a incompetência pelo réu em preliminar de contestação, norma essa editada em consonância com o que já previa o artigo 112 do CPC/1973, assim como a Súmula 33 do C. STJ, “verbis”: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

6. Portanto, com base nessas normas processuais, concluo, com a devida vênia de entendimentos em contrário, que, nas demandas previdenciárias em que réu o INSS, a possibilidade de a parte autora escolher o juízo da Capital do Estado respectivo fundamenta-se na própria lei processual civil – ação deve ser proposta, em regra, no foro do domicílio do réu (art. 46 CPC) -, já que aquela autarquia possui domicílio em todas as capitais dos Estados brasileiros, de maneira que, ainda que eventualmente estejam superadas as razões da edição da Súmula 689 do STF, não há como afastar a aplicação das normas supracitadas – artigos 46 e 65 do CPC/2015, sob pena de violação manifesta a dispositivo de lei.

7. No caso dos autos, tem-se que o autor possui domicílio no município de São Vicente/SP (ID 70642444), mas, não obstante, optou por ajuizar a ação subjacente na Subseção Judiciária da Capital de São Paulo. Ora, tendo o INSS domicílio nesta Capital, a propositura da ação subjacente na Subseção Judiciária de São Paulo está corretamente fundamentada no artigo 46 do CPC, e, ademais, tratando-se de competência relativa, não há de ser declinada de ofício pelo juiz, à luz do artigo 65 do CPC.

8. Conflito de competência procedente.”

(TRF3, CC nº 5015283-89.2019.4.03.0000, Rel. Des. Federal LUIZ STEFANINI, 3ª SEÇÃO, Dt. J. 17/10/2019, Dt. P. e-DJF3 Judicial I 23/10/2019)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO FEDERAL DO DOMICÍLIO DO AUTOR E JUÍZO FEDERAL DA CAPITAL DO ESTADO. AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 689 DO STF. OPÇÃO DO SEGURADO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL CONCORRENTE. NATUREZA RELATIVA. INCABÍVEL DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. SÚMULA 33 DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA VARA PREVIDENCIÁRIA DA CAPITAL DO ESTADO.

- Para facilitar o acesso à justiça, a Constituição de 1988 conferiu ao segurado a faculdade de propor a ação contra o INSS no foro de seu domicílio. Assim, permite-se o ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual caso a comarca não seja sede de vara federal. Trata-se da hipótese da competência federal delegada, regra de caráter eminentemente social.

- Tomando como premissa o fato de que o segurado é a parte mais frágil da relação jurídica nas demandas previdenciárias, a jurisprudência se consolidou de modo a ampliar ainda mais o seu acesso, permitindo-se o ajuizamento da ação também nas varas federais das capitais dos Estados-membros, além, é claro, da possibilidade de propositura no juízo federal com jurisdição sobre o seu domicílio e da hipótese prevista no §3º do art. 109 da CF. Tal entendimento vem consubstanciado na Súmula 689 do STF.

- Competência territorial concorrente, cabendo a opção ao demandante/segurado. A competência territorial é relativa, não cabendo ao juízo declarar a sua incompetência de ofício, a teor do disposto na Súmula 33 do STJ.

- O autor reside em Ribeirão Pires/SP, município atualmente abrangido pela 40ª Subseção Judiciária de Mauá/SP, e propôs a ação em vara especializada da Capital do Estado, opção que se encontra amparada em entendimento consolidado das Cortes Superiores.

- A eventual sobrecarga de processos nas capitais, o maior número de audiências e perícias e a necessidade de deslocamento das partes são questões que demandarão efetiva atuação no âmbito administrativo dos Tribunais, não tendo o condão de afastar, por ora, a aplicação de entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.

- Conflito de competência que se julga procedente. Decretada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Previdenciária.”

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito de competência, com fulcro no artigo 955, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, declarando competente o Juízo Federal da 6ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo/SP, para o processamento e julgamento da ação.

Comuniquem-se os juízos em conflito e intime-se, dando ciência oportunamente ao Ministério Público Federal.

Após, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

ACÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5027889-52.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AUTOR: JAIR CARNEIRO DOS SANTOS
Advogado do(a) AUTOR: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Doc. nº 107.262.257: Defiro o prazo adicional de trinta dias corridos para o integral cumprimento da decisão nº 104.535.002.

Havendo necessidade de nova dilação de prazo, o pedido deverá ser necessariamente instruído com a respectiva certidão expedida pelo Cartório da 1ª Vara do Foro da Comarca de Guaíba, por onde tramitou o processo nº 0102705-80.2009.8.26.0222, constando expressamente o dia em que requerido o desarquivamento dos autos. Int.

Decorrido *in albis* o prazo assinalado, voltem conclusos.

São Paulo, 02 de dezembro de 2019.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

São Paulo, 29 de novembro de 2019.

SUBSECRETARIA DA 4ª SEÇÃO

Justiça Federal
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

São Paulo/SP, 20 de dezembro de 2019.

Intimação da Pauta de Julgamentos

Destinatário: Ministério Público Federal

O processo nº 5018248-40.2019.4.03.0000 (CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325)) foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes

Sessão de Julgamento

Data: 30-01-2020

Horário: 14:00

Local: Eletrônica/Virtual (vide Portaria USEC 1/2018) - Av. Paulista, 1842, Torre Sul, Cerqueira Cesar, São Paulo - SP

INQUÉRITO POLICIAL (279) Nº 5022154-38.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO

AUTOR: MINISTERIO PUBLICO DA UNIAO

INVESTIGADO: FERNANDO FIORI DE GODOY, ROSANGELA APARECIDA MARTINS, CELIA MARIA THOME, CARLOS ZELI CARVALHO, EMERSON CARVALHO, DEIVID ROBSON CORREA DE FARIA, REVERSON FERRAZ DA SILVA, IVAN LEZIER DE LUCA, MARTIN AFONSO DE SOUSA BUENO, BRAULIO NOGUEIRA NETO, PEDRO AGNALDO BLANCO, THIAGO MARTINS DE GODOY, NIVALDO INACIO DE OLIVEIRA
OUTROS PARTICIPANTES:

INQUÉRITO POLICIAL (279) Nº 5022154-38.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO

AUTOR: MINISTERIO PUBLICO DA UNIAO

INVESTIGADO: FERNANDO FIORI DE GODOY, ROSANGELA APARECIDA MARTINS, CELIA MARIA THOME, CARLOS ZELI CARVALHO, EMERSON CARVALHO, DEIVID ROBSON CORREA DE FARIA, REVERSON FERRAZ DA SILVA, IVAN LEZIER DE LUCA, MARTIN AFONSO DE SOUSA BUENO, BRAULIO NOGUEIRA NETO, PEDRO AGNALDO BLANCO, THIAGO MARTINS DE GODOY, NIVALDO INACIO DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

QUESTÃO DE ORDEM

Trata-se de questão de ordem em ação penal instaurada em face de **Fernando Fiori de Godoy, Rosângela Aparecida Martins, Célia Maria Thomé, Carlos Zeli Carvalho, Emerson Carvalho, Deivid Robson Correa de Faria, Reverson Ferraz da Silva, Ivan Lezier de Luca, Martin Afonso de Souza Bueno, Bráulio Nogueira Neto, Pedro Agnaldo Blanco, Thiago Martins de Godoy e Nivaldo Inácio de Oliveira** para apurar a prática de condutas previstas nos artigos 90 e 92 da Lei nº 8.666/93.

Consta dos autos que, a partir da notícia-crime encaminhada ao Ministério Público Federal pelo Tribunal de Contas da União foram apuradas, na “Operação Prato Feito”, foram apuradas diversas ilegalidades cometidas por agentes públicos de diversos municípios do Estado de São Paulo, em conluio com particulares, relativas a procedimentos licitatórios destinados à aquisição de merenda escolar.

No caso, a denúncia trata dos delitos praticados no Município de Holambra/SP, com participação do atual Prefeito da municipalidade, Fernando Fiori de Godoy, em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, bem como dos crimes a eles conexos, praticados no âmbito do Convite 10/2013 e do Pregão Presencial 10/2013.

Os elementos de prova obtidos indicam a existência esquema fraudulento no fornecimento de merenda escolar, pois o Convite 10/2013 teve seu caráter competitivo fraudado, sendo instruído com pesquisa de preços composta por orçamentos provenientes de empresas relacionadas a **Carlos Zeli Carvalho**, que possuíam vínculos entre si, bem como pelo excesso de detalhes no edital, além de terem sido convidadas a participar do certame apenas as três empresas que apresentaram orçamentos e que integravam o esquema criminoso, com vínculos entre si.

A interceptação telefônica revelou que a existência de troca de favores entre o Prefeito **Fernando Fiori de Godoy** e as empresas relacionadas a o **Carlos Zeli Carvalho** até setembro de 2016.

Distribuídos os autos à relatoria do Desembargador Federal Maurício Kato (ID 90093821), o feito foi encaminhado aos Desembargadores Federais Nino Toldo, Paulo Fontes, Fausto de Sanctis e André Nekatschalow para consulta, não tendo havido reconhecimento de prevenção (Ids 90453038, 90561993, 95612999 e 97833170).

A Procuradoria Regional da República requereu o declínio de competência para processar e julgar os fatos relacionados aos Pregões Presenciais nºs 29/2013, 12/2015, 16/2015, 22/2015, 36/2016 e 02/2017, bem como o cometimento, em tese, dos crimes de corrupção ativa e passiva.

É o relatório.

INQUÉRITO POLICIAL (279) Nº 5022154-38.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO
AUTOR: MINISTERIO PUBLICO DA UNIAO

INVESTIGADO: FERNANDO FIORI DE GODOY, ROSANGELA APARECIDA MARTINS, CELIA MARIA THOME, CARLOS ZELI CARVALHO, EMERSON CARVALHO, DEIVID ROBSON CORREA DE FARIA, REVERSON FERRAZ DA SILVA, IVAN LEZIER DE LUCA, MARTIN AFONSO DE SOUSA BUENO, BRAULIO NOGUEIRA NETO, PEDRO AGNALDO BLANCO, THIAGO MARTINS DE GODOY, NIVALDO INACIO DE OLIVEIRA

OUTROS PARTICIPANTES:

Decido.

Em razão da relevância do tema sobre o foro por prerrogativa de função, em atenção ao princípio da colegialidade e, ainda, diante da necessidade de o Tribunal Regional Federal da 3ª Região firmar (ou não) a sua própria competência criminal originária para o conhecimento e julgamento de crimes praticados por agentes públicos com prerrogativa de foro, o presente inquérito policial deve ser afetado à 4ª Seção desta Corte, inclusive para discussão acerca da extensão da decisão proferida pela Suprema Corte do país.

Saliento que o órgão competente para apreciar a referida questão de ordem é a 4ª Seção (artigo 12 do Regimento Interno do TRF da 3ª Região).

Em sessão plenária realizada no dia 03/05/2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 937/RJ, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo", com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior; conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal.

Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraía a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, "d", "e", "f", parágrafo único, da Lei Complementar 75/93. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 3.5.2018".

Consta da ementa do voto vencedor o seguinte:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. questão DE ordem EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

1. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa

1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício.

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

3. *Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções - e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade - é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo.*

4. *A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material - i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos - à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes.*

II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF

5. *A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais -do STF ou de qualquer outro órgão -não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes.*

III. Conclusão

6. *Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: "(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".*

7. *Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior.*

8. *Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância".*

Note-se que ficou assentado que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

A interpretação dada pela Corte Suprema ao foro por prerrogativa de função está em consonância com o caráter excepcional do instituto e se alinha com os princípios da igualdade e da república.

Além disso, a decisão atenta à funcionalidade e à efetividade do sistema de justiça criminal, tendo em vista as dificuldades estruturais experimentadas pelas cortes regionais e superiores quando funcionam como juízos de primeiro grau.

Isto porque a prerrogativa de foro destina-se à garantia do exercício do cargo ou do mandato e não à proteção individual de quem exerce ou exerceu.

Aqui, esta decisão é aplicável por simetria.

Assim, para que prevaleça a competência originária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, devem estar presentes os dois requisitos cumulativos: a) crime praticado por detentor de cargo público durante o exercício do cargo e b) conduta delitiva relacionada com as funções desempenhadas.

Emanálise detida dos autos, verifico que:

a) os delitos foram supostamente praticados entre os anos de 2013 e 2016, e, no ano de 2013, **Fernando Fiori de Godoy** exercia cargo de Prefeito Municipal de Holambra/SP (mandato de janeiro de 2013 a dezembro de 2016); b) Atualmente, **Fernando Fiori de Godoy** foi reeleito para o cargo de Prefeito Municipal de Holambra/SP, para o quadriênio de janeiro de 2017 a dezembro de 2020.

A despeito de estar no exercício do cargo de Prefeito de Colômbia/SP, **Fernando Fiori de Godoy** não detém foro por prerrogativa de função para o processamento e julgamento dos fatos investigados no presente inquérito policial, uma vez que a suposta conduta delitiva não se refere ao cargo que ele ocupa atualmente, pelo contrário, foi cometida em mandato anterior ao atual.

Em consequência, tendo em vista que o delito não guarda relação com o exercício do mandato de Prefeito Municipal, quadriênio 2017/2020, entendo que esta Corte Regional não é competente para o processamento e julgamento do presente inquérito policial.

Ante o exposto, SUSCITO a presente questão de ordem para que seja declarada a incompetência absoluta deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região para processamento e julgamento do Inquérito Policial nº 5022154-38.2019.4.03.0000 e, em consequência, para que os autos sejam encaminhados à Justiça Federal em Campinas (5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo), que tem jurisdição sobre o município de Holambra/SP, para distribuição a uma das Varas com competência criminal.

Dispensada a lavratura de acórdão, nos termos do inciso IV do artigo 84 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Observadas as formalidades legais, cientificado o Ministério Público Federal e decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Subseção Judiciária de Campinas/SP (5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo).

Dispensada a lavratura de acórdão, nos termos do inciso IV do artigo 84 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Quarta Seção, por maioria, decidiu acolher a presente questão de ordem para que seja declarada a incompetência absoluta deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região para processamento e julgamento do Inquérito Policial nº 5022154-38.2019.4.03.0000 e, em consequência, para que os autos sejam encaminhados à Justiça Federal em Campinas (5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo), que tem jurisdição sobre o município de Holambra/SP, para distribuição a uma das Varas com competência criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5013313-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: ROGERIO CAPELASSO
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5013313-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: ROGERIO CAPELASSO

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por ROGÉRIO CAPELASSO, ratificada pela Defensoria Pública da União, contra acórdão proferido nos autos da ação penal n.º 0000022-24.2014.4.03.6119, pela 11ª Turma desta Corte, que, no que interessa a esses autos, por unanimidade, por unanimidade, REJEITOU A PRELIMINAR e, no mérito, DEU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da defesa para reduzir a pena-base e fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, fixando sua pena definitiva em 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 700 (setecentos) dias-multa.

O acórdão ora combatido, que transitou em julgado em 02/03/2018, restou assim ementado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. “OPERAÇÃO TRAVESSIA”. PRELIMINAR REJEITADA. VALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DOSIMETRIA DA PENA.

- 1. A utilização de interceptação telefônica em casos semelhantes a este é recorrente e, de fato, necessária, pois o alto grau de cautela adotado por associações ligadas ao narcotráfico acaba determinando o acesso a métodos de investigação diferentes dos tradicionais, o que atende ao disposto no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96.*
- 2. Materialidade e autoria comprovadas.*
- 3. Quantidade da droga apreendida (4.111 g de cocaína) justifica aumento da pena-base, mas em patamar inferior ao fixado pelo juízo. Precedentes.*
- 4. Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, no patamar 1/6 (um sexto), relativa à transnacionalidade do delito, haja vista que ficou bem delineado pela instrução probatória o fato de que a droga estava sendo transportada do Brasil para o exterior.*
- 5. Fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade.*
- 6. Apelação parcialmente provida.”*

O requerente, com fundamento no art. 621, I do Código de Processo Penal, pretende a revisão da pena imposta, sustentando, em síntese, que a pena-base foi excessivamente exasperada e que devem ser reconhecidas a causa de diminuição do art. 29, §1º do Código Penal e do art. 33, §4º da Lei 11.343/06 (ID 95149189).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República manifesta-se pelo não conhecimento da presente revisão criminal e, caso conhecida, pelo seu não provimento (ID97050006).

É o relatório.

À revisão.

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Do Cabimento da Revisão Criminal

Inicialmente, consigne-se que, em sede de cognição provisória e sumária, o preenchimento das hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 621, do Código de Processo Penal, deve ser verificado com base na Teoria da Asserção, é dizer com observância do que foi alinhavado pelo requerente, sob pena de invasão do mérito da demanda.

Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

"Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, prospettazione), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor; e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.

(Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244).

Assim, a efetiva subsunção do caso dos autos ao permissivo legal do pedido revisional (art. 621 CPP), taxativamente elencado, é questão que toca ao próprio mérito da ação, de molde que, caso infundada a pretensão de reexame do acervo probatório que ensejou a prolação da sentença condenatória, é de se decretar a improcedência da ação e não de deixar de admitir a revisão criminal.

Por outro lado, deve ser desde já ressaltado que a revisão criminal é ação penal originária que visa à desconstituição de sentença condenatória transitado em julgado, cabível em hipóteses excepcionais, quando a sentença rescindenda padece de vícios graves, que justificam o sacrifício da segurança jurídica (consubstanciada nos efeitos da coisa julgada material) em favor do valor da justiça material.

Do Mérito da Revisão Criminal

a) Exasperação da pena-base

O requerente pretende a desconstituição da penalidade aplicada, uma vez que teria sido severamente fixada. Alega que a pena-base aplicada para o crime do artigo 33 da Lei 11.343/06, foi demasiadamente exacerbada.

Observo que a exasperação da pena-base foi amparada no art. 42 da Lei 11.343/06. Na sentença, o juiz a quo considerou a natureza e a quantidade da droga (4.111 g de cocaína), para aumentar a pena-base em dois anos.

Por ocasião do acórdão, esta Corte considerou excessiva a exasperação promovida na sentença e, mantendo o reconhecimento da natureza e da quantidade da droga como circunstâncias negativas, reduziu a exasperação promovida na sentença, nos seguintes termos:

"Na primeira fase, o juízo a quo fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão, levando em consideração a natureza e a quantidade da droga apreendida (4.111 gramas de cocaína).

Nesse ponto, procede em parte o recurso da defesa. Considerando que as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal não são desfavoráveis ao acusado, bem como a jurisprudência das Turmas da Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal, reduzo a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão."

Depreende-se da fundamentação colacionada que a pena-base foi exacerbada em razão da natureza e da quantidade da droga.

De fato, merecem valoração negativa a **natureza** e a **quantidade da substância** apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

No caso em tela, o réu foi condenado pelo tráfico de *4.111 g (quatro mil, cento e onze gramas) de cocaína*, psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários. Destarte, essas circunstâncias devem ser valoradas negativamente para exasperar a pena-base, tal como feito.

O Juízo sentenciante bem fundamentou sua decisão em exasperar a pena-base, trazendo elementos de sua convicção para considerar a natureza e a quantidade elevada de entorpecente como desfavoráveis ao réu. Destaque-se que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 expressamente ressalta a prevalência da natureza e da quantidade do entorpecente em relação às demais circunstâncias judiciais.

A quantidade de droga apreendida denota que o tráfico em questão tinha potencial para provocar consequências severas, na medida em que a droga poderia ser disponibilizada para um número grande de usuários, o que indica a necessidade de maior rigor na aplicação da pena.

Saliente-se que a lei não especifica a quantidade mínima ou máxima a ser considerada quando da aplicação de qualquer circunstância judicial, tarefa que fica a cargo do julgador. Em outras palavras, cuida-se de juízo subjetivo do julgador, que exaspera a pena-base de acordo com seu convencimento e em função das circunstâncias judiciais consideradas.

A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

Nesse sentido, já decidi a 1ª Seção desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO COERENTE COM AS PROVAS COLIGIDAS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE DE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE LEI NOVA MAIS BENEFÍCA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

I - A competência da Justiça Federal para julgamento da ação criminal nº 1999.61.10.001015-2 está baseada no artigo 109, IX, da Carta Magna que dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

II - Não há qualquer incoerência entre a decisão que condenou o réu e o conjunto probatório apurado nos autos. Tanto a sentença condenatória, como o Acórdão que a confirmou apreciaram, detalhadamente, as provas produzidas contra o réu.

III - A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo Juízo para avaliação das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso. Vale dizer que o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

IV - O Juízo monocrático fixou a pena base acima do mínimo legal em virtude de o réu ter praticado o delito no gozo do benefício da suspensão condicional de outro processo, fato denotativo de sua má personalidade. Não há, portanto, que se pretender em sede revisional a redução da pena para o mínimo legal.

V - A aplicação da majorante do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76 foi expressamente fundamentada pela decisão que condenou o réu. Não há qualquer nulidade na dosimetria da pena por falta de fundamentação.

VI - A aplicação da lei nova na parte favorável ao réu cabe ao Juízo da Execução.

VII - Vedação à progressão de regime afastada, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do STF.

VIII - Revisão criminal parcialmente procedente para afastar a vedação à progressão de regime" (RVC 0000106-59.2008.4.03.0000 - Rel. Des. Fed. Cecília Mello - e-DJF3 14/10/2011).

Assim, não verifico ilegalidade que autorize a redução da pena nesta via quanto a estes aspectos.

b) Causa de diminuição do §4 da Lei 11.343/06

A causa de diminuição não foi reconhecida na sentença, contra o que não se insurgiu a defesa em apelação. Em sede de revisão criminal, pretende o requerente seja reconhecida a benesse.

Não há sustentação fático-jurídica para o pedido de reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que o órgão fracionário reconheceu que o envolvimento do réu com o tráfico de drogas não foi ocasional. Ao contrário, ROGÉRIO seria o responsável pela contratação e preparação das mulas para levar o entorpecente ao exterior. Nesse sentido, confrimam-se excertos do acórdão:

“Ademais, observa-se que o acusado CARLOS AGUSTIN disse em juízo (cf. depoimento registrado em CD - fls. 293) que entregara a droga para Léa Santana e que a havia conhecido por intermédio de ROGÉRIO. Disse ainda, que tem apelido de Gato, e também de Papá. Apesar de seu depoimento apresentar contradições, afirmou que negociara com ROGÉRIO a contratação de pessoas (mulas) para levar drogas ao exterior.

(...)

Por sua vez, a testemunha Ricardo Fauvel Godoy, delegado de polícia federal que presidiu as investigações da denominada Operação Travessia, asseverou que ROGÉRIO tem um histórico com essa quadrilha, tendo inicialmente atuado como mula, e posteriormente contratando-as, como no caso destes autos. Por oportuno, transcrevo as seguintes declarações (v. CD. fls. 293):

Os dois brasileiros presos em Paris, delataram, na oportunidade, os possíveis recrutadores de ambos, no caso ali, foram presos a Juliana Crespin e o seu Isaac. A Juliana narra que foi, que estava de posse do telefone contendo fotos do Rogério, narra com detalhes o seu recrutamento, a casa que ela permaneceu para a ingestão das drogas, o seu Rogério estava presente, foi ele quem a conduziu ao aeroporto.

(...)

Ou seja, o histórico do Rogério, no decorrer das investigações, ficou constado que ele já integrava essa organização a vários anos. Essa quadrilha provavelmente operava a mais de quatro ou cinco anos na região.

(...)

Quando da deflagração da operação, na residência do seu Rogério, o passaporte apreendido foi submetido a laudo pericial, e consta esse detalhe de lavagem do passaporte.

(...)

O ROGÉRIO é reconhecido por várias das "mulas", dos envolvidos, ora como pessoa que viajou, ora como sócio do principal líder.”

Tratando-se de réu que se dedica a atividades criminosas, não há como reconhecer a benesse pretendida.

Consoante já afirmado, a alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o escopo de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo acerca das provas de que o condenado não faz jus à causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei 11.343/06, em sentido diverso daquele manifestado pelo Órgão Colegiado.

c) Da causa de diminuição do art. 29, §1º do Código Penal

Por fim, destaco que a causa de diminuição referente à participação de menor importância foi rechaçada no Acórdão, que ressaltou a atuação do réu, em coautoria:

*“Nesse ponto, não procede o pedido da defesa de aplicação da **participação de menor importância** prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, pois o réu não é mero partícipe do delito; ao contrário, é coautor, pois praticou o núcleo do tipo penal.*

Nesse sentido, trago trecho do parecer ministerial:

No caso dos autos, não há que se falar que a conduta do recorrente era de menor importância ou insignificante para a prática dos crimes, uma vez que ele era peça-chave na atividade da organização criminosa por se tratar de agenciador de "mula". (fls. 619)”

Dispõe o artigo 29 do Código Penal:

"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Como é cediço, o partícipe do delito é quem pouco tomou parte na prática criminosa, colaborando minimamente. Contudo, essa não é a hipótese dos autos, porquanto não se pode considerar a participação do réu como de menor importância, eis que contribuiu efetivamente para a consecução do crime.

O acusado agiu em coautoria, fundada no princípio de divisão de tarefas. A coautoria, em última análise, não deixa de ser a própria autoria desmembrada, onde cada autor colabora, por alguma forma, para o mesmo fim, ocorrendo a parificação dos coautores que respondem pelo todo, não se exigindo a participação de cada agente em todos os atos executórios, podendo haver a repartição de tarefas.

E, *in casu*, o requerente foi essencial à prática delitiva. Ainda que não fosse ele quem, efetivamente, transportaria o entorpecente para o exterior, certo é que sua participação foi fundamental para o delito de tráfico internacional de entorpecentes já que foi o responsável pela contratação da “mula” Lea, presa em flagrante com o entorpecente.

Assim, não há cabimento para reconhecimento da causa de diminuição pretendida.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à Revisão Criminal.

É o voto.

EMENTA

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 621 INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA. PENA FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. A alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o escopo de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas diverso do juízo manifestado pelo Magistrado "a quo" e pelo Órgão Colegiado.

2. A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta, o que não se verifica nos autos.

3. Valoração negativa da quantidade e da natureza da droga. A grande quantidade de cocaína apreendida denota que o tráfico em questão tinha potencial para provocar consequências severas, na medida em que a droga poderia ser disponibilizada para um número gigantesco de usuários, o que indica a necessidade de maior rigor na aplicação da pena.

4. Não há sustentação fático-jurídica para o pedido de reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que o órgão fracionário reconheceu que o réu dedicava-se a atividades criminosas.

5. O requerente foi essencial à prática delitiva. Ainda que não fosse ele quem, efetivamente, transportaria o entorpecente para o exterior, certo é que sua participação foi fundamental para o delito de tráfico internacional de entorpecentes já que foi o responsável pela contratação da “mula”, presa em flagrante com o entorpecente

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à Revisão Criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5006909-84.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: RODRIGO PEREIRA DE OLIVEIRA
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5006909-84.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: RODRIGO PEREIRA DE OLIVEIRA

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por RODRIGO PEREIRA DE OLIVEIRA, com fulcro nos artigos 621, inciso I, do Código de Processo Penal, contra acórdão proferido nos autos da ação penal n.º 000159916.2012.4.03.6181, pela 5ª Turma desta Corte, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso do Requerente e da acusação, mantendo-se sua condenação à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime do art. 157, §2, inciso II do Código Penal.

O acórdão, que transitou em julgado em 24/09/2013 (fl. 469 ID), restou assimementado (fs. 465/466 ID 89618205):

“PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. Materialidade e autoria comprovadas pela prova documental e testemunhal. Os réus foram reconhecidos na Delegacia de Polícia pelo carteiro, vítima do crime de roubo.

2. Apelações desprovidas.”

O requerente pretende a revisão do aludido acórdão para que seja absolvido do crime de roubo sob o argumento de que inexistente prova suficiente para sua condenação. Alega que a decisão é contrária às provas colhidas no curso da instrução processual e ao texto expresso em lei (ID898638889).

Alega que a condenação foi pautada, exclusivamente, no depoimento do carteiro, vítima do roubo. No entanto, o réu negou ter efetuado o roubo em questão. Assim, entende que não há nos autos prova de que o acusado tenha, realmente, praticado o delito em questão.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República manifesta-se pelo não conhecimento da revisão criminal ou pela sua improcedência (ID 90251491).

É o relatório.

À revisão.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5006909-84.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI

REQUERENTE: RODRIGO PEREIRA DE OLIVEIRA

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Do Cabimento da Revisão Criminal

Inicialmente, consigne-se que, em sede de cognição provisória e sumária, o preenchimento das hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 621, do Código de Processo Penal, deve ser verificado com base na Teoria da Asserção, é dizer com observância do que foi alinhavado pelo requerente, sob pena de invasão do mérito da demanda.

Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

"Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, prospettazione), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor; e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.

(Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244).

Assim, afirmado pela requerente o cabimento da revisão criminal com fulcro no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, a efetiva subsunção do caso dos autos ao permissivo legal do pedido revisional, taxativamente elencado, é questão que toca ao próprio mérito da ação, de molde que, caso infundada a pretensão de reexame do acervo probatório que ensejou a prolação da sentença condenatória, é de se decretar a improcedência da ação e não de deixar de admitir a revisão criminal.

Por outro lado, deve ser desde já ressaltado que a revisão criminal é ação penal originária que visa à desconstituição de sentença condenatória transitado em julgado, cabível em hipóteses excepcionais, quando a sentença rescindenda padece de vícios graves, que justificam o sacrifício da segurança jurídica (consubstanciada nos efeitos da coisa julgada material) em favor do valor da justiça material.

Do Mérito da Revisão Criminal

O pedido de revisão criminal é embasado no inciso I, do artigo 621, do Código de Processo Penal, que dispõe:

"Art. 621 - A revisão dos processos findos será admitida:

I- quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos

(...)"

O requerente pretende a revisão do acórdão para que seja absolvido por ausência de prova da autoria.

Em que pese a negativa de autoria, observo que a prova da autoria delitiva foi questão fundamentadamente enfrentada no Acórdão, que manteve o édito condenatório decretado na sentença.

O acórdão restou assim fundamentado, acerca da autoria em relação ao requerente RODRIGO PEREIRA DE OLIVEIRA:

"Autoria. A autoria restou suficientemente provada.

Tilbam Junior negou ter participado do crime, tendo declarado que conhecia Michael Richard e Rodrigo Pereira de vista, dado que eram do mesmo bairro (fls. 12/13 e mídia de fl. 308).

Rodrigo Pereira negou a autoria delitiva. Afirmou que conhecia de vista Tilbam Junior e Michael Pereira, pois eram do mesmo bairro. Disse que, em janeiro de 2012, estava com o colega Jhonatha Willian caminhando a pé pela via pública e quando desciam a Rua Luiz Juliani, avistaram um veículo de pequeno porte, tipo furgão, amarelo, dos Correios, acreditando ser um Fiat/Fiorino, oportunidade em que decidiram praticar o roubo. Não portavam arma de fogo. Havia dois funcionários dos Correios, sendo que um deles descera para fazer a entrega, quando aproveitaram para abordá-lo. Jhonata abordara o carteiro, que abriu o compartimento de carga do veículo, onde pegaram três caixas e fugiram correndo. Em um campo de futebol nas proximidades, em local ermo, abriram as caixas e verificaram que continham um telefone celular; uma camiseta de cor azul, entre outros objetos (fls. 31/33 e mídia de fl. 308).

Michael Richard negou envolvimento com os fatos. Disse que trabalhava como autônomo e que apenas conhecia de vista Tilbam Junior, Rodrigo Pereira, Jhonatha Willian e Erick Douglas. A rua onde ocorrera o roubo era situada em uma rua abaixo da que morava o depoente (fls. 41/42).

Carlos, Agente dos Correios, disse que estava acompanhado do ajudante Jair no veículo Fiat, dos Correios, e, quando se preparavam para realizar a entrega na Rua Furtado Coelho, no Jardim Elba, foram surpreendidos por cinco indivíduos desconhecidos que, mediante grave ameaça, simulando estarem armados, colocando a mão por debaixo da camisa e subtraíram 15 (quinze) caixas contendo encomendas. Em seguida, se evadiram levando as caixas a pé. A vítima reconheceu os acusados Tilbam Júnior, Rodrigo Pereira e Michael Richard como três dos cinco autores do delito. Disse que os réus já tinham tentado roubar a vítima outra vez. Os réus aparentavam estar armados (fls. 9/10 e mídia de fl. 308).

Jair, motorista que prestava serviços aos Correios, mencionou que acompanhava o carteiro Carlos realizando entregas de encomendas, quando, na Rua Furtado Coelho, Jardim Elba, foram surpreendidos por cinco indivíduos desconhecidos que, mediante grave ameaça e simulando estarem portando arma de fogo com a mão por debaixo da camisa, anunciaram o assalto e subtraíram 15 (quinze) caixas com encomendas, tomando rumo ignorado. O depoente asseverou já ter sido assaltado cerca de quatorze vezes nas imediações e duas ou três vezes com o carteiro Carlos (fls. 64/65 e mídia de fl. 308).

O Policial Marcelo Melo mencionou que, posteriormente, em diligência no bairro juntamente com o carteiro Carlos, lograram encontrar os indivíduos que participaram do crime de roubo aos Correios, ocasião em que os levaram até a Delegacia, onde foram formalmente reconhecidos (mídia de fl. 308).

(...)

A prova reunida nos autos é suficiente para a condenação.

Sem embargo de os réus terem negado a autoria, esta restou comprovada pelas declarações do carteiro Carlos e do motorista Jair, em ambas as fases do feito, bem como pelo reconhecimento dos réus realizado pelo carteiro na Delegacia de Polícia. O depoimento de Carlos é seguro e esclarecedor a respeito da rotineira prática de roubos a carteiros na região onde ocorreu o crime de que trata a presente ação penal, cometidos por grupos de jovens que se concentram nas ruas mais movimentadas do bairro Jardim Elba.

A abordagem dos réus foi minuciosamente descrita por Carlos, que declarou ter sofrido ameaça de morte por um dos envolvidos no delito.

Ambas as vítimas disseram já ter sofrido diversos outros roubos na região e é possível observar em seus depoimentos o temor que sentem no exercício diário suas atividades, inclusive porque permanecem entregando encomendas no mesmo bairro, o que indica o não reconhecimento dos réus pelo motorista Jair quando apresentados na Delegacia.

Não é descuidado afirmar que, em crimes dessa jaez, a prova testemunhal se resume em regra às vítimas diretas, considerada a rapidez da roubadores e o temor de represálias sentido pelas eventuais testemunhas oculares caso venham a confirmar os autores do delito.”

O acórdão manteve a condenação do réu, que foi o responsável pela prática do crime do art. 157, § 2º, II, do Código Penal, no dia 11/01/2012 ao veículo Fiat/DUCATO placas AKA 3498, dos Correios.

Da leitura do excerto colacionado observa-se que o acórdão, que manteve a condenação do requerente, reconheceu a autoria do delito amparado no depoimento testemunhal do carteiro Carlos, vítima do crime, rechaçando a negativa de autoria do réu, tese suscitada desde o início e também refutada na sentença.

A alegação de fragilidade ou imprestabilidade das declarações prestadas pela vítima não se sustenta porquanto a palavra do ofendido possui maior relevância em crimes como o roubo, praticados na clandestinidade, sem a presença de outras testemunhas (AGARESP 201300602073, CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/04/2013).

Saliente-se ainda que o carteiro Carlos, testemunha que identificou o requerente, asseverou que já fora assaltado outras vezes pelo requerente, na mesma região, o que também robustece o reconhecimento por ele realizado. Além disso, como bem pontuado pelo parquet (ID90251491), a testemunha narrou os fatos com riqueza de detalhes e reconheceu o requerente nas fases inquisitiva e judicial.

Saliente-se que o fato de o motorista Jair não conseguir reconhecer o acusado é amplamente compreensível, tendo em vista a grande quantidade de crimes de roubo a que estão sujeitos os funcionários dos Correios no exercício de sua função perante a sociedade civil e, como bem pontuado no acórdão, o temor da vítima, que permanece trabalhando na mesma região onde praticados os roubos.

É sabido que em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento do juiz pelo entendimento do Tribunal.

O acórdão impugnado está bem fundamentado, pois expõe, detalhadamente, as razões pelas quais manteve a condenação do requerente pela prática do delito, baseando-se nos elementos de prova colhidos durante a instrução processual.

No caso, o contexto probatório tornou plenamente possível o juízo condenatório em desfavor do réu, inexistindo qualquer dúvida acerca da autoria e dolo.

Assim, não há como acolher o pedido de absolvição à conta de falta de prova de autoria. Nesse sentido:

"REVISÃO CRIMINAL DE SENTENÇA QUE CONDENOU O REQUERENTE NA FORMA DO ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL - INOCORRÊNCIA, DENTRO DOS LIMITES DE COGNIÇÃO DO PEDIDO REVISIONAL VEICULADOS NO ARTIGO 621 DO C.P.P., DE QUALQUER "ERRO DE JULGAMENTO" A MERECER RESCISÃO DA COISA JULGADA - PEDIDO IMPROCEDENTE.

1. Em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento do juiz pelo entendimento do Tribunal. Nesse passo, não há procedência do pedido quanto a pretendida absolvição à conta de falta de prova do dolo (ciência da falsidade das cédulas postas em circulação pelo condenado). O artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal exige afronta direta contra a lei ou contra a evidência dos autos, o que não se confunde com uma interpretação razoável e verossímil. No caso o contexto probatório tornou plenamente possível o juízo condenatório em desfavor do réu, inexistindo qualquer dúvida acerca da autoria e do.

2. A não recepção do apelo do réu - porque o mesmo era foragido - fundou-se em dispositivo processual (artigo 594 do Código de Processo Penal) vigente na época (20/11/2006), o qual só foi revogado em 2008; inocorrência de qualquer erro do d. Magistrado.

3. Inocorrência de suposto equívoco na capitulação do delito no §1º, do artigo 289 do Código Penal, pois o revisionando efetivamente introduziu em circulação a moeda falsa, conforme se verifica de todo o iter criminis, não se podendo cogitar de aplicação do disposto no § 2º do referido artigo.(...)

Improcedentes, portanto, os argumentos do requerente.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à Revisão Criminal.

É o voto.

EMENTA

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 157 CP. ART. 621 INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO. PRETENZA ABSOLVIÇÃO. ALTERAÇÃO EM SEDE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO IMPROCEDENTE.

O acórdão impugnado está bem fundamentado, pois expõe, detalhadamente, as razões pelas quais manteve a condenação do requerente pela prática do delito, baseando-se nos elementos de prova colhidos durante a instrução processual.

A alegação de fragilidade ou imprestabilidade das declarações prestadas pela vítima não se sustenta porquanto a palavra do ofendido possui maior relevância em crimes como o roubo, praticados na clandestinidade, sem a presença de outras testemunhas (AGARESP 201300602073, CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/04/2013).

É sabido que em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento do juiz pelo entendimento do Tribunal.

Pedido revisional julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à Revisão Criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5023699-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI

REQUERENTE: RODRIGO CAMPOS NORMIDIO

Advogados do(a) REQUERENTE: JOAO PAULO TEIXEIRA - SP370060, FELIPE MONTEIRO CARNELLOS - SP369702

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5023699-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI

REQUERENTE: RODRIGO CAMPOS NORMÍDIO

Advogados do(a) REQUERENTE: JOAO PAULO TEIXEIRA - SP370060, FELIPE MONTEIRO CARNELLOS - SP369702

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por RODRIGO CAMPOS NORMÍDIO, com fulcro nos artigos 621, inciso III, do Código de Processo Penal, contra acórdão proferido nos autos da ação penal n.º 0006871-96.2015.4.03.6112, pela 5ª Turma desta Corte, que, por unanimidade, **deu parcial provimento ao seu apelo**, para efetuar a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante de reincidência, resultando na pena definitiva de 8 (oito) anos e 11 (onze) meses de reclusão, além do pagamento de 656 (seiscentos e cinquenta e seis) dias-multa, pela prática dos crimes do art. 33, *caput*, c.c. artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006 e do art. 304, do Código Penal, praticados em concurso material.

O acórdão, que transitou em julgado em 24/11/2016, restou assimentado (ID 90394233):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304, DO CÓDIGO PENAL. CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CONFISSÃO. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INTERNACIONALIDADE. DELAÇÃO PREMIADA.

1. Mérito. A autoria e a materialidade dos crimes de tráfico e de uso de documento falso restaram bem demonstradas pelos seguintes documentos: auto de prisão em flagrante (fls. 02/03); Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 09/11); passagens rodoviárias (fl. 12); nota fiscal referente à compra de bateria automotiva no Paraguai (fl. 13); Laudo Preliminar de Constatação (fls. 16/18); Laudo de Perícia Criminal (fls. 48/52); Laudo Documentoscópico (fls. 90/94); assim como pelos depoimentos das testemunhas e pelo interrogatório do réu (mídia de fl. 251).

2. Não há que se falar na aplicação do princípio da consunção (absorção do crime de falso pelo tráfico internacional), vez que possuem objetividades jurídicas distintas e o primeiro não é fase necessária para a consumação do segundo tipo de delito, pois este poderia ser praticado mediante uso de documento verdadeiro. Tratam-se, portanto, de crimes autônomos, que devem ser reprimidos distintamente. Precedentes.

3. Dosimetria da pena. Na r. sentença, entretanto, o juízo a quo decidiu pela preponderância da agravante da reincidência, deixando de aplicar a atenuante da confissão e majorando a pena por aquele motivo. O STJ, em sede de apreciação de recurso repetitivo (Resp. 1.341.370), afirmou a possibilidade de compensação entre atenuante da confissão e agravante da reincidência.

4. De modo diverso, verifico que no caso concreto não há nenhuma circunstância excepcional que justifique a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 66, do Código Penal.

5. Os requisitos do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, são cumulativos. No caso em tela, o réu não integra organização criminosa, mas é reincidente e ostenta maus antecedentes, de modo que não é aplicável a minorante.

6. A majorante prevista no artigo 40, inciso I, da Lei n.º 11.343/06, aplica-se ao tráfico com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando esteja em vias de ser exportado. Portanto, é evidente, in casu, a tipificação do tráfico internacional de entorpecentes. O acusado, brasileiro, trouxe certa quantidade de maconha obtida no Paraguai para o Brasil, através da fronteira terrestre. Está comprovado que o réu efetuou a importação do entorpecente oriundo do estrangeiro, o qual estava camuflado dentro de uma bateria de carro trazida consigo na viagem de ônibus onde foi preso em flagrante (fls. 11/13).

7. Delação premiada. No caso em tela, a colaboração do acusado não se mostrou efetiva para dismantelar a organização criminosa, nem para a identificação de seus membros. O apelante foi preso em flagrante delito e, apesar de ter confessado a prática delitiva, não apresentou informações substanciais a respeito dos aliciadores e da organização criminosa contratante. Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no art. 41, da Lei 11.343/06.

8. Recurso de apelação a que se dá parcial provimento, para efetuar a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante de reincidência, resultando na pena definitiva de 8 (oito) anos e 11 (onze) meses de reclusão, além do pagamento de 656 (seiscentos e cinquenta e seis) dias-multa.

O requerente pretende a revisão do aludido acórdão para que seja compensada a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, em relação ao crime do art. 304 do Código Penal.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República manifesta-se pelo não conhecimento da revisão criminal ou pela sua improcedência (ID 90588734).

É o relatório.

À revisão.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5023699-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI

REQUERENTE: RODRIGO CAMPOS NORMIDIO

Advogados do(a) REQUERENTE: JOAO PAULO TEIXEIRA - SP370060, FELIPE MONTEIRO CARNELLOS - SP369702

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Do Cabimento da Revisão Criminal

Inicialmente, consigne-se que, em sede de cognição provisória e sumária, o preenchimento das hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 621, do Código de Processo Penal, deve ser verificado com base na Teoria da Asserção, é dizer com observância do que foi alinhavado pelo requerente, sob pena de invasão do mérito da demanda.

Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

"Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, prospettazione), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor; e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.

(Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244).

Assim, afirmado pela requerente o cabimento da revisão criminal com fulcro no artigo 621, inciso III, do Código de Processo Penal, a efetiva subsunção do caso dos autos ao permissivo legal do pedido revisional, taxativamente elencado, é questão que toca ao próprio mérito da ação, de molde que, caso infundada a pretensão de reexame do acervo probatório que ensejou a prolação da sentença condenatória, é de se decretar a improcedência da ação e não de deixar de admitir a revisão criminal.

Por outro lado, deve ser desde já ressaltado que a revisão criminal é ação penal originária que visa à desconstituição de sentença condenatória transitado em julgado, cabível em hipóteses excepcionais, quando a sentença rescindenda padece de vícios graves, que justificam o sacrifício da segurança jurídica (consubstanciada nos efeitos da coisa julgada material) em favor do valor da justiça material.

Do Mérito da Revisão Criminal

O pedido de revisão criminal é embasado no inciso III, do artigo 621, do Código de Processo Penal, que dispõe:

"Art. 621 - A revisão dos processos findos será admitida:

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

(...)"

O requerente pretende a revisão do acórdão para que seja desconstituída a penalidade aplicada ao crime do art. 304 do Código Penal, compensando-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão.

Embora fundamente seu pedido revisional no inciso III do art. 621 do Código Penal, não trouxe aos autos nem apontou qualquer elemento novo que pudesse conduzir à redução da sua pena.

Com efeito, observo que, quando da prolação da sentença, o magistrado sentenciante assim decidiu na segunda fase da dosimetria:

"2.B) No exame de atenuantes e agravantes, conforme já analisado no crime de tráfico, reconheço a atenuante da confissão (CP, artigo 65, inciso III, alínea c), bem como a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP). Havendo concurso entre circunstância atenuante e agravante, tenho que se deve observar a circunstância preponderante, nos termos do art. 67, do CP, qual seja, a reincidência. Portanto, nessa fase, a pena será aumentada em 3 meses, levando-se em consideração o concurso e a parcial compensação de circunstâncias. Pelos mesmos fundamentos, o aumento também incidirá sobre a pena de multa. Portanto, nessa fase, fixo a pena em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa."

Assim, não houve compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, por entender o juízo a quo que esta deveria predominar sobre aquela.

Por ocasião das suas razões de apelação, o réu não se insurgiu quanto à dosimetria da pena do crime do art. 304 do Código Penal, limitando-se, quanto a este crime, a pedir a sua absorção pelo crime de tráfico.

Sendo assim, o Acórdão, ao julgar a apelação do réu, manifestou-se quanto à dosimetria da pena do art. 304 do Código Penal:

"A defesa não se insurge contra a dosimetria da pena atribuída ao réu em virtude do crime previsto no art. 304, do Código Penal, a qual deve ser integralmente mantida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, tendo em vista sua consonância com os ditames legais e parâmetros jurisprudenciais aplicáveis à espécie."

Vê-se, assim, que o requerente pretende, através da revisão criminal, impugnar questão decidida na sentença, que poderia e deveria, ter sido impugnada na apelação, mas não o foi.

É sabido que em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento do juiz pelo entendimento do Tribunal.

A despeito dos argumentos do revisionando, observo que a fixação da sua pena foi justificada por ocasião do Acórdão que manteve a mesma pena fixada na sentença, que sequer foi impugnada neste ponto pela defesa.

Consoante já afirmado, a alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o escopo de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo acerca da dosimetria da pena, em sentido diverso daquele manifestado na Ação Penal.

A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

Nesse sentido, já decidi a 1ª Seção desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO COERENTE COM AS PROVAS COLIGIDAS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE DE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE LEI NOVA MAIS BENEFÍCA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

I - A competência da Justiça Federal para julgamento da ação criminal nº 1999.61.10.001015-2 está baseada no artigo 109, IX, da Carta Magna que dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

II - Não há qualquer incoerência entre a decisão que condenou o réu e o conjunto probatório apurado nos autos. Tanto a sentença condenatória, como o Acórdão que a confirmou apreciaram, detalhadamente, as provas produzidas contra o réu.

III - A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo Juízo para avaliação das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso. Vale dizer que o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

IV - O Juízo monocrático fixou a pena base acima do mínimo legal em virtude de o réu ter praticado o delito no gozo do benefício da suspensão condicional de outro processo, fato denotativo de sua má personalidade. Não há, portanto, que se pretender em sede revisional a redução da pena para o mínimo legal.

V - A aplicação da majorante do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76 foi expressamente fundamentada pela decisão que condenou o réu. Não há qualquer nulidade na dosimetria da pena por falta de fundamentação.

VI - A aplicação da lei nova na parte favorável ao réu cabe ao Juízo da Execução.

VII - Vedação à progressão de regime afastada, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do STF.

VIII - Revisão criminal parcialmente procedente para afastar a vedação à progressão de regime" (RVC 0000106-59.2008.4.03.0000 - Rel. Des. Fed. Cecília Mello - e-DJF3 14/10/2011).

Ante o exposto, não se mostra possível utilizar a excepcional via revisional como Apelação, para se redimensionar a pena fixada na sentença, que sequer fora impugnada na fase de conhecimento que findou na formação de édito penal condenatório de forma definitiva.

Não há, nestes autos, qualquer circunstância nova, descoberta após a sentença, que "determine ou autorize diminuição especial da pena", nos termos do art. 621, III do Código Penal.

De rigor, portanto, o não acolhimento do pleito rescisório.

Dispositivo

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à Revisão Criminal.

É o voto.

EMENTA

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 621 INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA. QUESTÃO NÃO IMPUGNADA NA AÇÃO PENAL. ALTERAÇÃO EM SEDE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. O requerente pretende a revisão do acórdão para que seja desconstituída a penalidade aplicada ao crime do art. 304 do Código Penal, compensando-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão. Embora fundamente seu pedido revisional no inciso III do art. 621 do Código Penal, não trouxe aos autos nem apontou qualquer elemento novo que pudesse conduzir à redução da sua pena.

2. O requerente pretende, através da revisão criminal, impugnar questão decidida na sentença, que poderia e deveria, ter sido impugnada na apelação, mas não o foi. É sabido que em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento do juiz pelo entendimento do Tribunal.

A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

Não se mostra possível utilizar a excepcional via revisional como Apelação, para se redimensionar a pena fixada na sentença, que sequer fora impugnada na fase de conhecimento que findou na formação de édito penal condenatório de forma definitiva.

Pedido revisional julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu NEGAR PROVIMENTO à Revisão Criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL(428) Nº 5021825-26.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS

REQUERENTE: WAGNER GIMENES DE LIMA

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

AJUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA BONAVINA:

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por **WAGNER GIMENES DE LIMA** tendo em vista a condenação que lhe foi imposta nos autos da Ação Penal nº 0000462-66.2014.403.6136 (trânsito em julgado em 31 de maio de 2017 – ID 90842455 – pág. 201). Referida demanda foi apreciada em grau de recurso neste E. Tribunal Regional, cujo acórdão, proferido pela Quinta Turma, seguiu assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INC. I, AMBOS DA LEI 11.343/2006. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INC. I, AMBOS DA LEI 11.343/2006. ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35 DA LEI N.º 11.343/2006. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA DEMONSTRADA EM RELAÇÃO A ALGUNS RÉUS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA EM RELAÇÃO AO ACUSADO ANDERSON. ABSOLVIÇÃO REFORMADA EM RELAÇÃO AO RÉU RENAN. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSOS DOS RÉUS HENRIQUE E AURELIANO PARCIALMENTE PROVIDOS. RECURSOS DOS DEMAIS ACUSADOS NÃO PROVIDOS. 1. As defesas alegam que as interceptações telemáticas/telefônicas produzidas durante as investigações policiais são nulas. A priori, há que se destacar que as interceptações telefônicas e telemáticas foram deferidas após cuidadosa investigação preliminar, que permitiu à autoridade policial, concluir pela existência de organização criminosa com intensa atuação em Catanduva/SP. Os ciclos de interceptações foram autorizados por meio de decisões fundamentadas do Juízo de primeiro grau, sendo observadas todas as prescrições indicadas pela Lei nº 9.296/96 (Autos nº 0006121-90.2013.403.6136), mídia de fls. 321/322). Demais disso, não se vislumbra nulidade processual por ausência de perícia nas interceptações telefônicas e telemáticas, assim como pela ausência dos originais enviados por fac-smile à polícia federal. 2. Importante mencionar que as defesas tiveram acesso aos relatórios parciais e finais de inteligência policial, bem como ao teor das mensagens interceptadas. Ademais, os recorrentes não impugnaram nenhum trecho específico das conversas, motivo pelo qual não há cogitar-se de qualquer nulidade pela falta de perícia nas mencionadas conversas, não podendo alegar nenhum prejuízo, assim como vêm decidindo os tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ: HC 201200415827, Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE de 23.08.2013; AGARESP 201102149285, Jorge Mussi, Quinta Turma, DJE de 01.08.2013). No caso, os apelantes, apenas, aduzem aspectos puramente formais, tentando anular as provas, sem comprovar o efetivo prejuízo processual que sofreram ou de que forma a suposta irregularidade teria comprometido a defesa. Preliminar rejeitada. 3. A defesa do recorrente Aureliano José da Silva sustenta, ainda, que houve violação ao Decreto nº 6.747/2009, tendo em vista que a interceptações temáticas deveriam ter obedecido ao acordo bilateral Canadá/Brasil, seguindo os trâmites da cooperação jurídica internacional, já que as mensagens telemáticas interceptadas eram armazenadas por servidores da Research in Motion - empresa canadense. A coleta da prova foi realizada a partir de serviço prestado no país por empresa aqui regulamentada, conforme demonstra o contrato social de fls. 1621/1630. Outrossim, deve-se considerar que toda a discussão reside acerca do cometimento de delitos dentro do território nacional e apenas entre residentes no país, sendo, então, competente o Poder Judiciário Brasileiro para autorizar a busca de mensagens telemáticas criptografadas, sendo dispensável que os Estados Canadense e Brasileiro cooperassem para a obtenção dessas provas. Preliminar rejeitada. 4. A defesa do apelante Henrique Baltazar de Almeida Alvarenga argumenta que os advogados constituídos e os acusados não foram devidamente intimados para comparecerem nas audiências de instrução e julgamentos dos demais processos desmembrados, de modo que 'o acusado e a defesa não tiveram oportunidade de comparecer ao interrogatório dos demais acusados', o que ocasionou cerceamento de defesa. No entanto, não merece prosperar a argumentação defensiva, pois a defesa foi devidamente intimada acerca da decisão que desmembrou o feito principal (0006120-08.2013.4.03.6136), não havendo obrigatoriedade acerca da intimação desta nas audiências realizadas nos demais processos relativos aos outros acusados. Ressalto, ainda, que a alegação não veio acompanhar da demonstração do prejuízo suportado, o que impede o reconhecimento de nulidades, em observância ao princípio pas de nullité sans grief. 5. A defesa de Henrique Baltazar de Almeida Alvarenga requer, ainda, que seja reconhecida a nulidade da imputação relativa ao art. 2º, caput, da Lei 12.820/2013, uma vez que está contemplada na Lei nº 11.343/2006. O réu foi denunciado pela prática, em concurso material, do crime previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, incisos IV e V, da Lei 12.850/2013, bem como dos crimes descritos nos artigos 33, caput, c.c. art. 40, inc. I e V, e 35, todos da Lei nº 11.343/2006. Ocorre que o MM. Juiz a quo julgou parcialmente procedente a peça acusatória, condenando do réu como incurso nas penas do art. 33, caput, c.c. art. 40, inc. V, e do art. 35, caput, c.c. art. 40, inc. V, todos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal, absolvendo-o das demais imputações constantes da exordial. Assim, rejeito a alegação de bis in idem. 6. Por fim, a defesa de Aureliano José da Silva requer a expedição de alvará de soltura, a fim de que o apelante responda em liberdade, aplicando as

condições cautelares do art. 319, do Código de Processo Penal. Em relação ao direito de recorrer em liberdade, verifico que o acusado permaneceu custodiado durante todo o processo, sendo, ao final, condenado, não tendo havido mudança do quadro fático descrito na sentença a ensejar a alteração de sua situação prisional, nos termos do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal. Ademais disso, o risco à ordem pública se evidencia pela gravidade concreta das condutas atribuídas ao acusado, que participou de duas empreitadas criminosas, quais sejam, *Flagrante e Apreensão nº 03* (apreensão de 25 Kg de maconha, 15 Kg de pasta base de cocaína e 04 frascos de solvente) e *Flagrante e Apreensão nº 08* (3 Kg de cocaína). Havendo elementos concretos que determinam a necessidade da prisão processual, não há que se falar, por ora, na suficiência das medidas cautelares alternativas. 7. A materialidade delitiva dos crimes pelos quais os apelantes restaram condenados restou devidamente demonstrada, estando consubstanciada a saber: a) na Informação 07/13 da Polícia Federal; b) nos Autos de Prisão em *Flagrante Delito*; c) nos Autos de *Apreensão* d) nos *Laudos periciais* e) e na *Medida Cautelar de Interceptação telemática/telefônica*. 8. Diante do acervo probatório coligido nos autos, restou demonstrado que os apelantes Wagner Gimenes de Lima, Leonardo Henrique de Oliveira, José Henrique Ribeiro dos Santos, Vinicius Aparecido dos Santos da Costa, Antônio Monte Serrath Júnior, Aureliano José da Silva e Renan Adriano Aparecido da Silva praticaram o delito de tráfico de drogas. 9. Após o transcurso das investigações, bem como após a instrução processual, também restou demonstrado que os apelantes Wagner Gimenes de Lima, Leonardo Henrique de Oliveira, José Henrique Ribeiro dos Santos, Vinicius Aparecido dos Santos da Costa, Antônio Monte Serrath Júnior, Renan Adriano Aparecido da Silva, Henrique Baltazar Almeida Alvarenga, Aureliano José da Silva e Anderson Dominiquini do Monte se associaram para a prática do tráfico internacional de drogas. 10. A estabilidade e a permanência no vínculo associativo restaram demonstradas através das conversas interceptadas ao longo de nove ciclos de monitoramento, com inúmeras referências à aquisição de drogas, ultrapassando o mero concurso de pessoas, uma vez que os diálogos permitem identificar o dolo de estarem associados com outros indivíduos para a prática do crime de tráfico de drogas. 11. Absolvição do acusado Anderson Dominiquini do Monte em relação ao crime de associação para o tráfico mantida. 12. Absolvição do acusado Renan Adriano Aparecido da Silva em relação ao crime de associação para o tráfico reformada. 13. Absolvição Leonardo Henrique de Oliveira, José Henrique Ribeiro dos Santos e Vinicius Aparecido dos Santos da Costa pela prática do delito de tráfico de drogas reformada. 14. Recursos dos acusados Wagner Gimenes de Lima, Leonardo Henrique de Oliveira, José Henrique Ribeiro dos Santos, Vinicius Aparecido dos Santos da Costa, Antônio Monte Serrath Júnior e Renan Adriano Aparecido da Silva, não providos. 15. Recurso do Ministério Público Federal provido em parte a fim de condenar Leonardo Henrique de Oliveira, José Henrique Ribeiro dos Santos e Vinicius Aparecido dos Santos da Costa pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, bem como Renan Adriano Aparecido da Silva pela prática do delito previsto no art. 35, caput, c.c. art. 40, inc. V, da Lei nº 11.343/2006. 16. Recursos de Henrique Baltazar Almeida Alvarenga e de Aureliano José da Silva, providos em parte, para absolvê-los, o primeiro da prática dos crimes do artigo 33, caput, c.c. art. 40, inc. V da Lei 11.343/2006, e art. 17, c.c. art. 19, da Lei 10.826/2003, c.c. art. 70, caput, primeira parte, do Código Penal - *Flagrante e Apreensão nº 02*, e art. 33, caput, c.c. art. 40, inc. I, da Lei 11.343/2006 - *Flagrante e Apreensão nº 03*; e o segundo da prática do delito do art. 33, caput, c.c. art. 40, inc. I, da Lei 11.343/2006 - *Flagrante e Apreensão nº 03* (TRF3, QUINTA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 67398 - 0000462-66.2014.4.03.6136, Rel. Des. Fed. PAULO FONTES, julgado em 05/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2016).

O revisionando sustenta o cabimento da presente Revisão Criminal com supedâneo no art. 621, I, do Código de Processo Penal, aduzindo que o édito penal condenatório transitado em julgado teria sido exarado de forma contrária ao texto expresso da lei e/ou à evidência dos autos – dentro de tal contexto, tece as seguintes considerações a fim de supedanear sua pretensão revisional (ID 96802729):

(a) Pleito de reconhecimento da ilicitude da interceptação telefônica por dois fundamentos (com a consequente necessidade de aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada – prova ilícita por derivação):

(a.1) Pleito de reconhecimento da ilicitude da prova em razão de desrespeito à regra prevista no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996: (...) verifica-se que v. acórdão proferido nos autos de origem se mostra absolutamente contrário ao texto expresso da lei. Nesse sentido, v. acórdão manteve a condenação do Revisionando pelos delitos de tráfico de drogas e associação ao tráfico. Concluiu não estarem configuradas as nulidades arguidas em preliminar de apelação, bem como estarem comprovadas nos autos a materialidade e autoria delitivas, com base nas interceptações telefônicas ilegais. Ocorre que, as interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, padecem de vícios que as tornam absolutamente desprovidas do manto da legalidade (...) a interceptação telefônica deve ser a última medida a ser tomada para a obtenção de eventual prova. No caso em questão, o que se verifica é que a interceptação telefônica foi a primeira medida/diligência a ser tomada pela autoridade policial, sem tentativa de qualquer (sic) outras diligências. Somente após a adoção desse primeiro expediente, e somente com base nele, é que a autoridade policial utilizou-se de outras técnicas de investigação (...) fica patente no presente caso que a interceptação que fundamentou a condenação do Revisionando foi autorizada judicialmente em desacordo com o disposto no artigo 2º, II, da Lei 9.296/96, eis que a medida, no presente caso, foi a primeira e não a última medida a ser tomada (...);

(a.2) **Pleito de reconhecimento da ilicitude da prova em razão de desrespeito à regra prevista no art. 5º da Lei nº 9.296/1996:** (...) a interceptação telefônica tem prazo certo de duração: 15 dias, renovável por igual tempo. Essa preocupação legal em estabelecer prazo fixo de duração da medida justifica-se em razão do direito constitucional que se procura tutelar – intimidade e vida privada – evitando-se, assim, interceptações telefônicas com prazo de duração indeterminado. Desta feita, preocupado com a possibilidade de arbítrio cometido pelo órgão judiciário, autorizando a medida com prazo indeterminado de duração, o legislador ordinário, regulamentando uma garantia constitucional, impôs um limite temporal ao prazo de duração da medida: 15 dias, admitindo, no entanto, uma única prorrogação por igual tempo (...) o que se verifica no caso em análise é que a interceptação telefônica foi prorrogada sucessivas vezes, muito além do prazo máximo de 30 dias previsto em lei, o que torna todas as gravações feitas após a extrapolação do prazo previsto em lei ilegais, nulas de pleno direito. Ainda que se adote a posição de parte da jurisprudência, no sentido de que seria lícito sucessivas prorrogações da interceptação telefônica, a ilegalidade continua patente no caso. Isso porque, mesmo aqueles que defendem a possibilidade de sucessivas prorrogações da interceptação telefônica, são uníssomos em afirmar que para a legalidade da prorrogação é necessário que a medida esteja devidamente motivada, especificando a sua indispensabilidade como meio de obtenção de prova (...) no caso em tela o que se verifica é que a interceptação telefônica foi prorrogada sucessivas vezes, muito além do prazo máximo de 30 dias previsto em lei, sem que a autoridade judiciária fundamentasse devidamente a prorrogação da medida, limitando-se a um simples despacho de praxe para justificar a autorização da continuação das interceptações telefônicas (...) ademais, ainda que se entenda possível inúmeras prorrogações da medida, isso não significa que o prazo de duração das sucessivas prorrogações seja indeterminado, devendo o prazo das sucessivas prorrogações ser analisado à luz do princípio constitucional da razoabilidade, e devidamente fundamentado, que nada mais é do que o aspecto material do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Por essa razão, fica evidente o excesso de prazo na interceptação telefônica, o que enseja a ilegalidade/mulitude da captação dos diálogos (...);

(a.3) **Pleito consequencial de aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada:** (...) fica claro, portanto, que a interceptação telefônica foi determinada e prorrogada em desacordo com o preconizado pela Lei 9.296/96, de forma que todas as conversas captadas são ilegais e nulas, nos termos do artigo 5º, LVI, da Lei Maior. No mesmo sentido, adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada, todas as provas colhidas posteriormente, decorrentes da interceptação telefônica (documentos apreendidos, testemunhas etc.), ainda que a sua produção em si seja lícita, estão contaminadas pelo vício originário da medida (...) desse modo, todas as provas que fundamentaram a condenação do Revisonando estão contaminadas pelo vício originário da interceptação telefônica, sendo ilegais, devendo o Revisonando ser absolvido dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, com fulcro no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal (...);

(b) **Pleito de absolvição quanto ao cometimento do crime de associação para a traficância (art. 35 c.c. art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006):** (...) a condenação do revisonando baseou-se em provas emanadas de dúvidas, uma vez que não dá para obter, com clareza e certeza, que o acusado tinha um vínculo duradouro e estável na associação. Analisando os termos expostos na lei, notamos que o posicionamento mais coerente diz respeito ao necessário vislumbramento de uma ligação estreita, estável e, quando possível, duradoura entre os pares para que possam ser condenados pela prática do citado delito (...) diversamente da análise legal elaborada pelo juiz sentenciante, o CRIME DE ASSOCIAÇÃO para o tráfico de drogas NECESSITA de vínculo associativo ESTÁVEL E PERMANENTE, sendo que na ausência deste elemento essencial do crime sua imputação é inócua (...) diante das razões aduzidas, a absolvição é o que se impõe (...) – destaques no original;

(c) **Pleito de redução da pena-base tanto do crime de tráfico internacional de drogas como do delito de associação para a traficância:**

(c.1) **No que tange ao delito do art. 33 c.c. art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006:** (...) a doutra Turma Julgadora entendeu pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando a natureza e quantidade da droga apreendida. Como se percebe a dosimetria aplicada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região não guarda proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que, ainda que se considere a preponderância do artigo 42, da lei 11.343/06 sobre o artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias em que ocorreram o crime não justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Além disso, considerando os bons antecedentes e a ausência de qualquer prova questionadora de boa conduta social do réu ou personalidade sã, não há que se manter a pena-base imposta acima do mínimo legal (...) por outro lado, para se admitir o aumento da pena pela quantidade de entorpecente transportado se faz necessário que a decisão fundamente o quantum de pena fixado, o que não ocorreu no caso em tela (...) acerca das consequências, mencionadas também pelo v. acórdão, não se pode admitir o aumento da pena, acima do mínimo legal, sem a necessária relação entre o ato e consequências graves. A decisão haveria que se fundamentar em fatos e circunstâncias pessoais concretas, não se podendo admitir que a gravidade abstrata do delito imponha pena acima do mínimo legal. O art. 42, da Lei 11.343/06, determina que o juiz, com preponderância ao art. 59 do Código Penal, fixe as penas de acordo com a quantidade da substância, aumento-a do mínimo quando for grande a quantidade, situação que não ocorreu. O artigo 59 do Código Penal, utilizado como fundamento legal para a imposição de pena acima do mínimo legal, estabelece o dever do juiz de individualizar a pena de acordo com as circunstâncias do crime e as condições pessoais do acusado. Como se vê, a fixação da pena-base em nove anos de reclusão, sendo que a pena mínima cominada para o delito é de cinco, mostrou-se ilegal, visto que decorrente de negativa de vigência ao artigo 59 do Código Penal. Sendo assim a fixação da pena acima do mínimo se deu em razão, exclusivamente, frise-se, exclusivamente, da gravidade abstrata do delito (...) portanto, demonstradas tanto a negativa de vigência quanto a contrariedade entre a decisão recorrida e a remansosa jurisprudência desse C. STJ sobre a gravidade em abstrato não constituir fundamentação idônea para aplicação de pena mais severa que o mínimo exigido, de modo que resta infundada a fixação da pena-base acima do mínimo do tipo, de 5 anos, há que se dar provimento à presente revisão criminal, garantindo-se ao acusado a fixação da pena neste mínimo legal (...);

(c.2) **No que tange ao delito do art. 35 c.c. art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006:** (...) A pena-base aplicada ao réu em relação ao crime de associação para o tráfico também foi mantida acima do mínimo pelos mesmos fundamentos utilizados para majorar a pena-base em relação ao crime de tráfico (...) o acusado está sendo punido duas vezes pelo mesmo objeto o que, evidentemente, não pode ocorrer. Por essa razão, a pena-base deve ser mantida no mínimo (...);

(d) **Pleito de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:** (...) o percentual referente à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06 deve incidir em sua totalidade (2/3) uma vez que o recorrente preenche todos os requisitos legais. A Lei de drogas prevê no referido artigo, uma causa de diminuição de pena a ser concedida ao condenado desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa (...) não havendo prova de que o recorrente participasse de organização criminosa e ou que se dedicasse à prática de atividades ilícitas, e estando presentes os demais requisitos legais estabelecidos no artigo 33, § 4º da lei 11343/06, não resta outra alternativa senão a aplicação do percentual máximo de diminuição da pena (...).

Ao cabo de sua peroração, formula o revisionando o seguinte **pedido:** (...) requer (...) seja o Revisionando absolvido dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 ante a ilegalidade das provas para a condenação e, subsidiariamente, seja sua pena-base reduzida ao patamar mais próximo possível do mínimo legal e que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 (...).

A Procuradoria Regional da República oficiante neste C. Tribunal Regional Federal ofertou parecer pugnando pelo não conhecimento do expediente ou, acaso superada sua admissibilidade, pela improcedência da pretensão revisional (ID 100066580).

É o relatório.

À revisão.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5021825-26.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS
REQUERENTE: WAGNER GIMENES DE LIMA
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

De início, **confirma-se o relatório anteriormente apresentado.**

DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA E DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

Nosso Ordenamento Constitucional de 1988 elencou a coisa julgada como direito fundamental do cidadão ao prevê-la no art. 5º, XXXVI, conferindo indispensável proteção ao valor segurança jurídica com o escopo de que as relações sociais fossem pacificadas após a exarcação de provimento judicial dotado de imutabilidade. Dentro desse contexto, sobrevindo a impossibilidade de apresentação de recurso em face de uma decisão judicial, há que ser reconhecida a imutabilidade de tal provimento tendo como base a formação tanto de coisa julgada formal (esgotamento da instância) como de coisa julgada material (predicado que torna imutável o que restou decidido pelo Poder Judiciário, prestigiando, assim, a justiça e a ordem social).

Todavia, situações excepcionais, fundadas na ponderação de interesses de assento constitucional, permitem o afastamento de tal característica da imutabilidade das decisões exaradas pelo Poder Judiciário a fim de que prevaleça outro interesse (também tutelado constitucionalmente), sendo imperioso destacar que é justamente diante de tal panorama que nosso sistema jurídico prevê a existência de ação rescisória (a permitir o afastamento da coisa julgada no âmbito do Processo Civil) e de revisão criminal (a possibilitar referido afastamento na senda do Processo Penal). Entretanto, para que seja possível a reconsideração do que restou decidido sob o manto da coisa julgada, deve ocorrer no caso concreto uma das situações previstas para tanto no ordenamento jurídico, razão pela qual, tendo como premissa as diretivas de Processo Penal, a análise em tela deve perpassar pelas hipóteses de cabimento da revisão criminal nos termos das disposições constantes do art. 621 do Código de Processo Penal.

Com efeito, referido preceito aduz que *a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.* Assim, permite-se o ajuizamento de revisão criminal fundada em argumentação no sentido de que (a) a sentença profêrida encontra-se contrária a texto expresso de lei ou a evidência dos autos; (b) a sentença exarada fundou-se em prova comprovadamente falsa; e (c) houve o surgimento de prova nova, posterior à sentença, de que o condenado seria inocente ou de circunstância que permitiria a diminuição da reprimenda então imposta.

Importante ser dito que a interpretação das hipóteses de cabimento de revisão criminal não deve abranger o intento de que tal via (frise-se: excepcional) possibilite nova discussão do mérito da condenação criminal como se houvesse uma 3ª Instância (compreendida essa 3ª Instância como um novo mecanismo de oferta de recurso de apelação, com a cognição e a devolutividade ínsitas a tal expediente, a permitir a rediscussão do juízo condenatório de mérito, eternizando, assim, a controvérsia). Desta feita, **não deve ser permitido o ajuizamento de revisão criminal quando se constatar que a sentença condenatória está embasada nas evidências e nas provas levadas a efeito durante a instrução processual penal, mostrando-se verossímil com os relatos constantes dos autos, de modo a conformar interpretação aceitável e ponderada das questões aventadas** (ainda que não a melhor para o caso concreto). Nesse sentido é o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, conforme é possível ser aferido do julgado que segue:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO RESTABELECIDADA EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O objetivo da revisão criminal fundada no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal (contrária à prova dos autos) não é permitir ‘uma terceira instância’ de julgamento, uma segunda apelação. Se a sentença condenatória se apresenta verossímil e minimamente consentânea com as evidências produzidas durante a instrução criminal, não cabe ao Tribunal reverter a condenação mediante o afastamento de interpretação de prova aceitável e ponderada, ainda que não a melhor. 2. Nesse juízo, entretanto, é importante ter presente que o decreto condenatório impugnado em ação revisional, para se revelar minimamente idôneo, deve estar lastreado em provas colhidas no curso do devido processo legal. 3. No caso, a condenação está alicerçada somente em elementos de informação obtidos na fase investigatória, que não encontraram respaldo com as provas colhidas sob o crivo do contraditório. Assim, à luz das hipóteses de cabimento da ação de revisão criminal, revela-se idônea a absolvição implementada pela Corte estadual, máxime diante da regra processual que proíbe responsabilização penal calcada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase do inquérito (CPP, art. 155). 4. Habeas corpus concedido para, confirmando a liminar, determinar o restabelecimento do acórdão nos autos da revisão criminal (STF, HC 114164, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015) - destaque nosso.

No mesmo sentido anteriormente exposto (vale dizer, de que a revisão criminal não pode ser compreendida como um novo recurso de apelação a disposição do condenado que teve sua situação pacificada pelo manto da coisa julgada), vide o julgado exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ART. 621, I, DO CPP. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Para que reste caracterizada a hipótese de condenação contrária à evidência dos autos, há de exsurgir da decisão combatida a total ausência de qualquer elemento probatório capaz de sustentar a condenação. Não se pode confundir revisão criminal, que tem requisitos específicos para o seu ajuizamento, com novo recurso de apelação. 2. Tendo o Tribunal do Júri afastado a tese da legítima defesa por cinco votos a dois, não cabe ao Tribunal a quo, em revisão criminal, reconhecer a legítima defesa, uma vez que o objetivo dessa ação é assegurar a correção de um erro judiciário, o que não ocorre quando sobre a prova haja uma interpretação aceitável e ponderada. 3. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal do Júri (STJ, REsp 1022546/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009) - destaque nosso.

Sem prejuízo do exposto, é assente o posicionamento de que a revisão criminal não se mostra como via adequada para que haja um rejuízo do conjunto fático-probatório constante da relação processual originária, razão pela qual impertinente a formulação de argumentação (na via revisional) que já foi apreciada e rechaçada pelo juízo condenatório. Da mesma forma, impossível o manejo do expediente em tela como escopo de conferir nova qualificação jurídica aos fatos apreciados, sob pena de se abrir o conceito excepcional de rescisão da garantia constitucional de proteção à coisa julgada a situações que já foram debeladas quando do julgamento do recurso de apelação (com ampla cognição tanto de fatos / direito como de provas). A propósito, muito esclareceres se mostram os precedentes abaixo transcritos da lavra do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. TESES DA DEFESA RECHAÇADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 621, I E II, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS. REPETIÇÃO DE TESES. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...) 2. A revisão criminal não é a sede adequada para a reapreciação do conjunto probatório, pela repetição de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva. Sendo assim, não tem cabimento a pretensão de se conferir nova qualificação jurídica aos fatos, com base em suposta ofensa ao art. 621 do Código de Processo Penal, notadamente se a tese defensiva apresentada não se insere nas hipóteses em que se admite revisão criminal, como bem ressaltou o acórdão impugnado. 3. É incontestável que a questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça não se limita à valoração das provas dos autos, pois a sua intenção, na realidade, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no AREsp 234.109/RJ, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 26/03/2015) - destaque nosso.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA REAL COMPROVADA PELOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. REVISÃO CRIMINAL. PROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 621, DO CÓDIGO DE PROCESSO DE PENAL. 1. Em sede de Revisão Criminal não é possível o reexame do conjunto probatório pela mera repetição de teses já anteriormente refutadas. 2. Não se insere nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal a revisão de provas para descaracterizar a prática de violência real reconhecida com exame exaustivo pelo acórdão de apelação, mormente quando não apresentado fundamento apto para reformar o decisum. 3. Recurso provido para restabelecer a condenação no tocante aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (STJ, REsp 866.250/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 13/04/2009) - destaque nosso.

Este E. Tribunal Regional Federal também comunga do posicionamento de que a revisão criminal não pode ser utilizada e interpretada a viabilizar a revisão do conjunto fático-probatório já apreciado pelo juízo da condenação, de modo que não seria lícita a substituição do livre convencimento motivado de um órgão julgador por outro sem que houvesse a demonstração de que o julgamento pretérito ocorreu ao arpejo de texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos - a propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, CPP. ART. 16 DA LEI 10.826/03. REVISÃO CONHECIDA. ADMISSIBILIDADE. TEORIA DA ASERÇÃO. MÉRITO. HIPÓTESES. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO CONTRÁRIA ÀS EVIDÊNCIAS. PRETENSO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. REVISÃO IMPROCEDENTE. (...) Em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento de um órgão julgador por outro, no âmbito deste mesmo Tribunal. As provas produzidas nos autos são suficientes para embasar o édito condenatório, sendo certo que a fundamentação expendida no voto do Relator aponta para a indubitosa autoria do delito pelo requerente. (...) (TRF3, QUARTA SEÇÃO, RVC - REVISÃO CRIMINAL - 1350 - 0002893-46.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 19/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/10/2017) - destaque nosso.

REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CABIMENTO. PRECEDENTES DA QUARTA SEÇÃO. DOSIMETRIA. SÚMULA 444 DO STJ. INAPLICABILIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. AÇÃO IMPROCEDENTE. 1. Para que a decisão impugnada seja desconstituída por ser contrária à evidência dos autos (artigo 621, I, do CPP), é preciso que referido decisum não encontre qualquer apoio na prova produzida no bojo do processo criminal em que proferido. O C. STJ tem reiteradamente decidido que 'O acolhimento da pretensão revisional deve ser excepcional, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, estreme de dúvidas, dispensando, pois, a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas', não sendo a Revisão Criminal a via processual adequada para se buscar a absolvição por insuficiência ou falta de provas, pois não se trata de um segundo recurso de apelação. (...) (TRF3, QUARTA SEÇÃO, RVC - REVISÃO CRIMINAL - 1303 - 0001160-45.2017.4.03.0000, Rel. Juíza Convocada GISELLE FRANÇA, julgado em 19/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/10/2017) - destaque nosso.

Consigne-se, por oportuno, que **sequer a existência de interpretação controvertida permite a propositura de revisão criminal**, pois tal situação (controvérsia de tema na jurisprudência) não se enquadra na ideia necessária para que o expediente tenha fundamento de validade no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal (sentença condenatória contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos) - nesse sentido é a jurisprudência que se formou no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 621, I, DO CPP. REVISÃO CRIMINAL. JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA. DESCABIMENTO DA REVISIONAL. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, CAPUT, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento remansoso de que 'o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal 'quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei', o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal'. (REsp 706.042/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 07/11/2005) (...) (STJ, AgRg no REsp 1447604/SC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014) - destaque nosso.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDEBIDA PREVIDENCIÁRIA. REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE ANTE A CONTROVERTIDA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 621, I DO CPP. PARCELAMENTO. CONTRIBUIÇÕES. EMPREGADORES. VEDAÇÃO. O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal 'quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei', o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal. (...) (STJ, REsp 706.042/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 363) - destaque nosso.

DO CASO CONCRETO – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR DOIS FUNDAMENTOS (COM A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA – PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO): VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º, II, E 5º, AMBOS DA LEI Nº 9.296/1996

Formula o revisionando pleito de reconhecimento da ilicitude da interceptação telefônica por dois fundamentos: (a) violação ao comando insculpido no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996 (tendo em vista que o expediente probatório não teria sido a última medida passível de ser adotada com o fito de se obter eventual prova da infração criminal) e (b) violação ao preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.296/1996 (haja vista a existência de sucessivas prorrogações de molde que as gravações posteriores ao limite máximo de 30 – trinta – dias seriam ilegais – ademais, acaso se entenda que as prorrogações seriam legítimas, alega a manutenção do vício de nulidade da prova à luz de que as decisões pela continuidade da captação encontrar-se-iam desprovidas de fundamentação, sem se descurar que infundadas prorrogações maculariam, também, o princípio da razoabilidade). Como corolário, havendo o assentamento da nulidade vindicada, requer a incidência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada com o desiderato de que sejam consideradas nulas todas as demais provas obtidas a partir da interceptação telefônica, o que culminaria na exarcação de édito penal absolutório.

Com efeito, a pretensão de reconhecimento de nulidade das interceptações telefônicas foi apreciada quando do julgamento dos apelos então aviados, salientando-se que, a despeito do revisionando não ter impugnado tal meio de obtenção de prova em suas razões recursais (o que acabou sendo levado a efeito por corréus), o órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região referendou a legalidade das interceptações sob diversos aspectos e fundamentos conforme é possível ser inferido do excerto que segue (extraído do v. acórdão – ID's 90842465 – págs. 03/160 e 90842461 – págs. 01/51):

(...) 2. Das preliminares. Antes de se proceder ao exame do mérito das condenações e absolvições, impõe-se analisar as objeções processuais destacadas pelos recorrentes sob a forma de preliminar. 2.1. Da nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas. As defesas dos apelantes Leonardo Henrique de Oliveira, José Henrique Ribeiros dos Santos, Vinicius Aparecido dos Santos da Costa e Antônio Monte Serrath Sampaio Júnior alegam, em suma, que as interceptações telemáticas/telefônicas produzidas durante as investigações policiais são nulas. A priori, há que se destacar que as interceptações telefônicas e telemáticas foram deferidas após cuidadosa investigação preliminar, que permitiu à autoridade policial concluir pela existência de organização criminosa com intensa atuação em Catanduva/SP. A Informação nº 05/13-GISE/SJE, juntada aos autos nº 0006121-08.2013.403.6136, apenas noticia a existência de investigação já em andamento perante a Polícia Federal de Ribeirão Preto/SP, bem como a prisão em flagrante ocorrida em 19/05/2013, no intuito de auxiliar o trabalho da Polícia Federal de Catanduva/SP, observando que apenas a partir da prisão em flagrante noticiada na Informação mencionada é que houve requerimento da autoridade policial para interceptação telemática e telefônica. Outrossim, os ciclos de interceptações foram autorizados por meio de decisões fundamentadas do Juízo de primeiro grau, sendo observadas todas as prescrições indicadas pela Lei nº 9.296/96 (Autos nº 0006121-90.2013.403.6136, mídia de fls. 321/322). Quanto à alegação de incompetência, nota-se que, no momento inicial das investigações, o Juízo de Tabapuã/SP era o competente para analisar o pedido da autoridade policial, pois até aquele momento desconhecia-se a existência de tráfico internacional de drogas ou munições, sendo que, a partir de tal conhecimento, aquele Juízo se declarou incompetente e remeteu os autos à Vara Federal de Catanduva/SP, onde novas decisões passaram a autorizar e justificar as interceptações telefônicas e telemáticas e a ação controlada. Assim, em momento algum houve decisão proferida por Juízo incompetente, uma vez que com a remessa dos autos ao Juízo Federal todas as exigências legais e procedimentais relacionadas às interceptações foram adotadas. Demais disso, não se vislumbra nulidade processual por ausência de perícia nas interceptações telefônicas e telemáticas, assim como pela ausência dos originais enviados por fac-smile à polícia federal. Com feito, as interceptações telefônicas e de mensagens não são, em regra, sujeitas à perícia, pois são meios utilizados pela Polícia Judiciária para a realização da persecução criminal extrajudicial. O artigo 158 e seguintes, do Código de Processo Penal dispõe sobre as situações nas quais é obrigatória a realização de perícia técnica, notadamente nas condutas criminosas que deixam vestígios. Além disso, no que tange as interceptações telefônicas, verifico que na sentença condenatória a fundamentação baseou-se em outros elementos de prova, sendo que o conteúdo interceptado consiste, majoritariamente, em mensagens de texto trocadas entre os alvos monitorados através do aplicativo BlackBerry, e as conversas de voz gravadas não influíram na formação do livre convencimento do magistrado. Por sua vez, quanto às interceptações telemáticas, é importante mencionar que as defesas tiveram acesso aos relatórios parciais e finais de inteligência policial, bem como ao teor das mensagens interceptadas. Ademais, os recorrentes não impugnaram nenhum trecho específico das conversas, motivo pelo qual não há cogitar-se de qualquer nulidade pela falta de perícia nas mencionadas conversas, não podendo alegar nenhum prejuízo, assim como vêm decidindo os tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ: HC 201200415827, Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE de 23.08.2013; AGARESP 201102149285, Jorge Mussi, Quinta Turma, DJE de 01.08.2013). No caso, os apelantes, apenas, aduzem aspectos puramente formais, tentando anular as provas, sem comprovar o efetivo prejuízo processual que sofreram ou de que forma a suposta irregularidade teria comprometido a defesa. Vale dizer, ainda, que pelo que se extrai dos relatórios policiais aludidos acostados na ação cautelar nº 0006121-90.2013.403.6136 (mídias de fls. 321/322), e considerando os autos de prisão em flagrante juntados por cópias, percebe-se que somente se conseguiu a prisão em flagrante de inúmeros acusados, assim como a apreensão de materiais ilícitos, com a utilização das interceptações telemáticas, o que constata a excelência da prova colhida, demonstrando não se tratar de mero indício de atividade criminosa. Também, por meio das interceptações, a polícia federal promoveu a identificação e qualificação de alguns investigados, observando que foram encontrados em poder de vários envolvidos aparelhos Blackberry's, o que serve para atestar a higidez do conteúdo das interceptações autorizadas pelo Juízo de primeiro grau. Por fim, não vislumbro qualquer possibilidade de a autoridade policial ter fraudado o conteúdo das mensagens interceptadas para imputar falsamente modalidades criminosas a alguns ou todos os réus, sendo impensável que os conteúdos das investigações foram inventados pela autoridade policial. A propósito, a suposta inclusão de dados, tais como nomes e apelidos, com o fim de facilitar a compreensão não maculam a prova colhida, observando que a condenação dos recorrentes não foi baseada tão somente pelo teor das mensagens interceptadas. Nesse sentido, a manifestação do Exmo. Procurador Regional da República, in verbis: (...). Por todo o exposto, não devem ser acolhidas as alegações defensivas (...).

Dentro de tal contexto, depreende-se que tanto a necessidade de que a interceptação telefônica não fosse a primeira das provas deferidas ao longo da fase inquisitiva (afereção de cumprimento do comando instituído no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996) como a efetiva constatação de que os ciclos de interceptação foram precedidos por r. decisão judicial devidamente fundamentada (cumprimento do disposto no art. 5º da Lei nº 9.296/1996) foram objeto de análise e de deliberação quando do momento de formação da culpa, razão pela qual **impossível objetivar-se que a via estreita revisional seja compreendida como sucedâneo recursal** (ainda que a via recursal, especificamente no tema ora em comento, tenha sido inaugurada por outros acusados) tendo em vista a inferência de que a então preliminar suscitada teria caráter objetivo a permitir, acaso acolhida, a expiação de efeitos para os demais coacusados (ainda que não arguentes do tema). Assim, aplicando o entendimento prevalente exposto na parte teórica deste voto, **não se mostra crível cogitar-se do ajuizamento de Revisão Criminal com o fito de ressuscitar questão completamente delibada quando do julgamento dos recursos de apelação, o que, por si só, já é fundamento suficiente para o indeferimento da pretensão desconstitutiva formulada.**

Sem prejuízo do exposto, ainda que fosse possível suplantando o óbice anteriormente indicado para adentrar ao mérito revisional propriamente dito (ora em apreciação), imperioso salientar que a questão afeta ao levantamento do sigilo (no caso específico, das comunicações telefônicas e telemáticas) decorre da proteção constitucional dispensada à privacidade, erigida à categoria de direito fundamental do cidadão (a teor do disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal: *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: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*), previsão esta que objetiva proteger o cidadão da atuação indevida estatal (e até mesmo do particular, sob o pálio da aplicação horizontal dos direitos fundamentais) no âmbito de sua esfera pessoal.

Importante consignar que o direito ora em comento não pode ser interpretado como absoluto, de modo a figurar como uma salvaguarda a práticas delitivas, podendo, assim, ceder diante do caso concreto quando aplicáveis aspectos atinentes à ponderação de interesses constitucionais em jogo no caso concreto. Desta forma, ainda que se proteja a privacidade inerente ao cidadão, justamente porque não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, mostra-se plenamente possível o afastamento da proteção que recai sobre esse interesse individual a fim de que prevaleça no caso concreto outro interesse, também constitucionalmente valorizado, que, no mais das vezes, mostra-se titularizado por uma coletividade ou por toda a sociedade. Nesse diapasão, lançando mão da mencionada ponderação de interesses entre direitos com assento constitucional, mostra-se possível o afastamento do sigilo (protegido pelo direito fundamental à privacidade) nas hipóteses em que se vislumbra a ocorrência de prática atentatória que se constitua na perpetração de infrações penais.

Aliás, nota-se, por meio da leitura do comando inserto no art. 5º, XII, da Constituição, que tal ponderação acabou sendo levada a efeito pelo próprio Poder Constituinte Originário de 1988 que assentou a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e nos termos estabelecidos em legislação a ser editada com o desiderato de regulamentar o preceito constitucional, exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A propósito: *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: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...)*.

Desta feita, o Poder Legislativo, cumprindo a ordem emanada do Poder Constituinte, editou a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, com o escopo de regulamentar a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição de 1988, sendo relevante destacar que o art. 2º, de indicada legislação, elenca os requisitos necessários para que a ordem judicial de interceptação telefônica seja válida, quais sejam, haver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, impossibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis previstos no ordenamento e necessidade de que o fato investigado seja punido com pena de reclusão (*Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*).

Importante destacar que a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de considerar legítima a prova obtida como decorrência de interceptação telefônica quando a r. decisão que determina a realização do expediente estiver calcada nos elementos exigidos para o deferimento da medida previstos na legislação de regência - nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DE TODAS AS CONVERSAS GRAVADAS. DESNECESSIDADE. PERÍCIA DE VOZ. INDEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE O INTERLOCUTOR. RECURSO IMPROVIDO. (...) II - É legítima a prova oriunda de interceptação de comunicação telefônica autorizada judicialmente, de forma fundamentada e com observância dos requisitos legais: i) existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em ilícito penal; ii) único meio disponível para comprovar o fato investigado; iii) o crime investigado deve ser punido com pena mais gravosa que a detenção. III - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que a interceptação de comunicação telefônica seja prorrogada, desde que a ordem seja fundamentada e respeite o prazo legal. Precedentes. (...) VII - Recurso Ordinário em Habeas Corpus improvido (RHC 128485, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 18-11-2016 PUBLIC 21-11-2016) - destaca nosso.

Ademais, o mesmo E. Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de assentar a legalidade de interceptações telefônicas determinadas por decisão judicial devidamente fundamentada quando evidenciada a prática de infrações penais por meio de terminais telefônicos, vale dizer, quando o telefone (seja ele fixo, seja ele celular) mostrava-se como o expediente por meio do qual o delinquente lançava mão para o fim de cometimento de delitos (inclusive estando dentro de unidades prisionais), situação que se amolda ao caso debatido na Ação Penal subjacente. A propósito:

*Habeas corpus. Processual Penal. Tráfico e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei nº 11343/06). Impetração dirigida contra a decisão de negativa de seguimento ao HC nº 286.196/PE no Superior Tribunal de Justiça e contra o acórdão com que a Quinta Turma não conheceu do HC nº 286.219/PE. Não conhecimento da impetração em relação ao primeiro habeas corpus, em razão de não submissão da decisão singular ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Ausência de ilegalidade flagrante no julgamento colegiado do segundo writ. Prisão preventiva. Falta de fundamentação idônea. Não caracterização. Custódia justificada na garantia da ordem pública. Paciente integrante de bem estruturada organização criminosa voltada à distribuição de drogas no Estado de Pernambuco e em seus estabelecimentos prisionais. Gravidade em concreto da conduta e periculosidade do paciente, evidenciadas pelo modus operandi da organização. Excesso de prazo. Complexidade do feito, consubstanciada na pluralidade de réus (15 acusados) e na necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de 2 (dois) acusados. Notícia constante do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco de que a instrução chegou a termo. Prejudicialidade. Precedentes. Alegada ausência de elementos concretos para corroborar a justa causa para a ação penal. Necessário reexame de fatos e de provas não admitido em sede de habeas corpus. Precedentes. **Nulidade das interceptações telefônicas pelo não esgotamento prévio de todas as possibilidades de produção da prova. Não ocorrência. Procedimento devidamente fundamentado. Demonstração inequívoca da necessidade da medida. Utilização de terminal telefônico como meio de comunicação entre integrantes da organização presos e em liberdade para fomentar o tráfico.** Alegações de não observância do prazo do § 2º do art. 4º da Lei nº 9.626/96 para a análise do pedido de interceptação telefônica, de supostos vícios formais no mandado de prisão e de excessos em seu cumprimento. Temas não analisados pelas instâncias antecedentes. Dupla supressão de instância configurada, o que impede sua análise de forma originária pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Conhecimento parcial do habeas corpus. Ordem denegada. (...) 9. **Não procede a tese de nulidade das interceptações telefônicas levadas a cabo por não ter havido o esgotamento prévio de todas as possibilidades de produção da prova na espécie.** 10. **A decisão do juízo processante autorizando o procedimento em questão foi devidamente fundamentada, indicando com clareza a situação objeto da investigação e a necessidade da medida, mormente se levada em conta a notícia de que um dos investigados, de dentro da unidade prisional, utilizava terminal telefônico para se comunicar com os integrantes da organização criminosa e fomentar o tráfico de drogas, atendendo, portanto, a exigência prevista na lei de regência (art. 4º da Lei nº 9.296/96).** (...) 13. Conhecimento parcial do habeas corpus. Ordem denegada (HC 128650, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 04-10-2016 PUBLIC 05-10-2016) - destaque nosso.*

Ressalte-se, outrossim, que a complexidade do esquema (o que se verifica cabalmente no feito subjacente) também serve de fundamento a validar o deferimento de interceptações telefônicas que se mostram como último mecanismo apto a levar adiante investigação criminal que estava em curso, conforme é possível ser visto do julgado que segue:

*Habeas corpus. 2. Operação Navalha. 3. **Interceptação telefônica. Autorização devidamente fundamentada. 4. Gravidade dos delitos supostamente cometidos pela organização e complexidade do esquema que envolve agentes públicos e políticos salientam a dificuldade de colher provas tradicionais.** Pedido de interceptação baseado em relatório da Polícia Federal que demonstra envolvimento do paciente. 5. Motivação per relationem. 6. Ordem denegada (STF, HC 118882, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 27-08-2014 PUBLIC 28-08-2014) - destaque nosso.*

Indo adiante, como não poderia deixar de ser até mesmo porque o art. 93, IX, da Constituição, assim o determina, o art. 5º da Lei nº 9.296/1996 aduz que a decisão que determinar a interceptação telefônica deverá ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência (que não poderá exceder a 15 - quinze - dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a imprescindibilidade da prova) - a propósito: *A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.* Contudo, especificamente no que tange à existência de prorrogação para além dos 30 (trinta) dias previstos na legislação de regência, a jurisprudência pátria (C. Supremo Tribunal Federal, E. Superior Tribunal de Justiça e C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região) é uníssona no sentido de não ser possível acoimar de ilegal a interceptação prorrogada para além de mencionado interregno se, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, notar-se a complexidade da investigação que está em curso e houver a necessidade de se continuar a perquirir os meandros do intento criminoso (até mesmo para se descobrir novas infrações que estão para ser cometidas) - a propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS GRAVAÇÕES, PORÉM CONTEÚDO ACESSÍVEL A DEFESA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. DISPENSÁVEL A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA INÍCIO DA FASE INVESTIGATÓRIA. PLURALIDADE DE CRIMES INVESTIGADOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES. 1. Nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a interceptação telefônica dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional), que, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.296/1996, deverá ser expedida pelo juiz competente, em decisão devidamente fundamentada que demonstre sua conveniência e indispensabilidade. 2. **Há possibilidade de sucessivas renovações dentro do prazo legal, sempre precedidas de novas e fundamentadas decisões judiciais, que apontem a presença dos requisitos legais e a manutenção da indispensabilidade desse meio de prova, inclusive com a referência à permanência das razões inicialmente legitimadoras da interceptação** (Ag. Reg. no Habeas Corpus 130.860, Primeira Turma, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 16/10/2017; Habeas Corpus 139.370, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; Red. p/Acórdão, MIN. ROBERTO BARROSO, j. 06/03/2018). (...) (STF, HC 130596 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 29-08-2018 PUBLIC 30-08-2018) - destaque nosso.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EM CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA, A COLETA DA PROVA DA PRÁTICA DO FATO TÍPICO TORNA-SE MAIS DIFÍCIL, O QUE JUSTIFICA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM BASE NA FUNDAMENTAÇÃO EXPOSTA NA PRIMEIRA DECISÃO. POSSIBILIDADE. A COMPLEXIDADE DOS FATOS INVESTIGADOS JUSTIFICA A PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, MESMO QUE SUCESSIVAS. REVELA-SE INVIÁVEL A UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA O REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) II - Em crimes como o de corrupção passiva, o réu não age às claras; ao contrário, perpetra sua ação na surdina, de modo que a coleta da prova da prática do fato típico torna-se mais difícil, o que justifica, dessa forma, a decretação da questionada interceptação telefônica, medida adequada e necessária para o prosseguimento das investigações. III - 'As decisões que autorizam a prorrogação de interceptação telefônica, sem acrescentar novos motivos, evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento' (HC 92.020/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa). IV - Não há falar, na espécie, em violação ao disposto na Lei 9.296/1996, uma vez que o Plenário desta Suprema Corte já decidiu que 'é possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da Lei 9.296/1996' (HC 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim). (...) (STF, RHC 156593 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018) - destaque nosso.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO 'PER RELATIONEM'. POSSIBILIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E FINANCEIRO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. LEGALIDADE DA MEDIDA JÁ RECONHECIDA POR ESTA CORTE EM OUTRO RECURSO. BUSCA E APREENSÃO. MONITORAMENTO TELEMÁTICO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FORNECIMENTO DE SENHAS GENÉRICAS PELAS OPERADORAS DE TELEFONIA. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA PRETÉRITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. NULIDADE EM RELAÇÃO AO ENDEREÇO EM QUE FOI REALIZADA A BUSCA E APREENSÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (...) 4. **Não se verifica qualquer nulidade nas prorrogações das interceptações telefônicas, uma vez que tal medida é admitida na jurisprudência quando ainda necessária para a elucidação dos fatos e identificação dos autores dos crimes.** (...) (STJ, RHC 34.349/RS, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 09/11/2018) - destaque nosso.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 568/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 381, INCISO III, DO CPP. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) II - *Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, 'em caso de indispensabilidade, e sendo obedecidos os princípios da necessidade e da proporcionalidade, e mediante decisão fundamentada, é possível a prorrogação das interceptações telefônicas.'* (AgRg no AREsp 431.316/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 06/11/2017). (...) (STJ, AgRg no AREsp 1178661/PA, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 04/06/2018) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LITISPENDÊNCIA. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. PARCIAL OCORRÊNCIA. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE INEXISTENTE.** INÉPCIA DA DENÚNCIA. IRREGULARIDADES NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. EVASÃO DE DIVISAS. DÓLAR-CABO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. (...) 4. *A Lei nº 9.296/96 autoriza as prorrogações das interceptações de comunicações telefônicas. Ainda que o art. 5º desse diploma legal determine que a interceptação não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, prevalece na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de várias renovações da medida, desde que fundamentadas e que a complexidade do caso o exija.* (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 51390 - 0001793-60.2005.4.03.6181, Rel. Des. Fed. NINO TOLDO, julgado em 06/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/11/2018) - destaque nosso.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFÍCIO DO DEA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. DESNECESSIDADE. **INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIDADE CENTRAL. DESNECESSIDADE. PRORROGAÇÃO. LEGALIDADE.** INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA DO JUIZ. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. INEXISTÊNCIA. TRANSNACIONALIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS. LIDERANÇA E COMANDO. PERSONALIDADE. ATENUANTE INOMINADA. MÁS CONDIÇÕES CARCERÁRIAS. NÃO APLICAÇÃO. INTERESTADUALIDADE NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DA TRANSNACIONALIDADE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO. RESTITUIÇÃO DE DINHEIRO APREENDIDO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA DEFESA NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (...) 6. *Muito embora o artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 estabeleça o prazo de 15 dias para a interceptação telefônica, prorrogáveis por mais 15 dias, inexistente restrição ao número de dilações possíveis, devendo apenas ser precedidas de motivação que justifique a prorrogação, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como é o caso dos autos, que cuida de investigação complexa e que envolve a participação de vários agentes reunidos em torno de uma organização criminosa. Compartilhando desse entendimento o Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a prorrogação do prazo de autorização da interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, sendo este o caso dos autos.* (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 71296 - 0001093-86.2014.4.03.6143, Rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 04/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2018) - destaque nosso.

Adentrando ao caso subjacente:

- a. Especificamente no que toca à **alegação de ofensa ao art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996**, cumpre destacar que as **interceptações telefônicas determinadas não foram as primeiras diligências encetadas no apuratório que até então se encontrava em curso** (a propósito, vide excerto extraído do v. acórdão ID's 90842465 – págs. 03/160 e 90842461 – págs. 01/51, que assevera que (...) *há que se destacar que as interceptações telefônicas e telemáticas foram deferidas após cuidadosa investigação preliminar, que permitiu à autoridade policial concluir pela existência de organização criminosa com intensa atuação em Catanduva/SP* (...)), cabendo destacar, ademais, que delitos como os que estavam em apuração demandam investigações que se compaginam do mesmo requinte tecnológico a sufragar o deferimento de interceptações de conversas telefônicas – acerca do ora exposto, seguem dois julgados que corroboram o entendimento ora defendido, o primeiro exarado pelo C. Supremo Tribunal Federal ao passo que o segundo, desta E. Corte Regional:

Habeas corpus. Banco de tecidos musculoesqueléticos clandestino. Venda, guarda e distribuição de tecidos ou parte do corpo humano (arts. 15 e 17 da Lei nº 9.434/97). Investigação criminal. Violação do princípio do promotor natural. Não ocorrência. Inexistência de manipulação casuística ou de designação seletiva pela chefia do Ministério Público. Precedentes. Intercepção telefônica. Nulidade. Não ocorrência. Medida invasiva precedida de atos de investigação. Único meio de se apurar o fato criminoso. Testemunha sigilosa. Depoimento. Nulidade. Inexistência. Necessidade de preservação de sua higidez física ou psíquica, ante o temor de represálias. Inidoneidade do writ para revolvimento desses fatos. Ordem denegada. (...) 4. O afastamento do sigilo das comunicações telefônicas dos pacientes foi precedido de diligências realizadas no curso de uma investigação formalmente instaurada, restando suficientemente demonstrada a necessidade da medida extrema e a dificuldade para a apuração dos fatos por outros meios. 5. É o quanto basta para se legitimar o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas (HC nº 114.321/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Carmén Lúcia, DJe de 19/12/13). (...) (HC 136503/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, Julgamento: 04/04/2017, DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. 'OPERAÇÃO TRAVESSIA'. PRELIMINAR REJEITADA. VALIDADE DS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DOSIMETRIA DA PENA. 1. A utilização de intercepção em casos semelhantes a este é recorrente e, de fato, necessária, pois o alto grau de cautela adotado por associações ligadas ao narcotráfico acaba determinando o acesso a métodos de investigação diferentes dos tradicionais, o que atende ao disposto no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96. 2. O caso concreto reflete, de forma clássica, aquelas situações em que a medida excepcional da intercepção das comunicações telefônicas mostra-se imprescindível para a colheita da prova. (...) (ACR 00000257620144036119 - APELAÇÃO CRIMINAL-67937, Rel. Des. Fed. NILDO TOLDO, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Decisão: 25/07/2017, v.u., e-DJF3 Judicial 1: 01/08/2017) - destaque nosso.

- b. Especificamente no que toca à **alegação de ofensa ao art. 5º da Lei nº 9.296/1996**, os diversos arestos anteriormente colacionados demonstram que a jurisprudência que se formou sobre o tema firmou-se no sentido de que é possível a ocorrência de sucessivas prorrogações da intercepção telefônica quando o caso concreto assim o demandar, diante das peculiaridades como os delitos então em apuração ocorriam, principalmente se o meio empregado para a sua consecução defluiria do uso da telefonia ou da telemática, cabendo ressaltar, outrossim, a teor do já decantado v. acórdão transcrito no início deste tópico (ID's 90842465 – págs. 03/160 e 90842461 – págs. 01/51), que a Quinta Turma desta C. Corte Regional foi assente em sustentar que todas as prorrogações encontraram-se devidamente fundamentadas (*... os ciclos de intercepções foram autorizados por meio de decisões fundamentadas do Juízo de primeiro grau, sendo observadas todas as prescrições indicadas pela Lei nº 9.296/96 (Autos nº 0006121-90.2013.403.6136, mídia de fls. 321/322) (...)*), motivo pelo qual **impossível, também sob tal perspectiva, acolher a pretensão de nulidade formulada.**

Conclui-se a argumentação ora tecida para refutar cabalmente a nulidade aventada ressaltando-se que o Código de Processo Penal, em seu art. 563, aduz que *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*, razão pela qual qualquer decretação de nulidade passa pela perquirição da existência de prejuízo àquele que foi prejudicado pelo ato impugnado sob o pálio do princípio *pas de nullité sans grief*, sendo imperioso mencionar que o revisionando não conseguiu demonstrar concretamente qualquer prejuízo (tecendo meras ilações não referendadas nem sob o aspecto legal nem sob o enfoque pretoriano). 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 inócua o 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) - destaque nosso.

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) - destaque nosso.

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVA ILÍCITA MOTIVADA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. IMPROPRIEDADE NA VIA DO WRIT. CONDENAÇÃO BASEADA NA PALAVRA DA VÍTIMA E EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief, o que não se verifica na espécie. (...) (STJ, AgRg no HC 327.638/PA, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017) - destaque nosso.

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, §2º, I, II, V, CP. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. REDUÇÃO DO QUANTUM DA REINCIDÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 157, §2º, III DO CP. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (...) Ressalte-se que no âmbito do processo penal, em homenagem ao princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal, não será declarada a nulidade quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega. (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 71202 - 0006486-72.2015.4.03.6105, Rel. DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 12/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2017) - destaque nosso.

Assim, por todos os fundamentos anteriormente expendidos, com especial destaque para o fato de que a tal nulidade já foi espancada quando do julgamento dos apelos manejados por corrêus (e que a Revisão Criminal não se presta a ser sucedâneo de recurso), para o referendo da jurisprudência no que tange às prorrogações de interceptações telefônicas quando o caso concreto assim o recomendar e para a constatação de que as interceptações telefônicas forma precedidas de diligências investigativas, de rigor o refutamento da pretensão no ponto. Prejudicado, consequentemente, o pleito de aplicação da Teoria do Fruto da Arvore Envenenada, uma vez que sua incidência somente teria cabimento na hipótese de reconhecimento da nulidade que se perseguiu.

DO CASO CONCRETO – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO COMETIMENTO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA A TRAFICÂNCIA (ART. 35 C.C. ART. 40, I, AMBOS DA LEI N° 11.343/2006)

Requer o revisionando sua absolvição no que concerne ao delito de associação para a traficância (art. 35 c.c. art. 40, I, ambos da Lei n° 11.343/2006), alegando, sinteticamente, que sua condenação teria se baseado em provas que sugeririam dúvidas, especialmente no que se refere à existência de vínculo estável e duradouro.

Comefeito, colhe-se do v. acórdão, no que tange aos argumentos tecidos para a finalidade de condenar o revisionando pela perpetração do crime estampado no art. 35 da Lei n° 11.343/2006 (ID's 90842465 – págs. 03/160 e 90842461 – págs. 01/51):

*(...) 3. Da materialidade. A materialidade delitiva dos crimes pelos quais os apelantes foram condenados restou devidamente demonstrada, estando consubstanciada, a saber: a) na Informação 07/13 da Polícia Federal (mídia de fls.); b) nos Autos de Prisão em Flagrante Delito (fls. 1243/1249 dos autos n° 0000735-25.2013.8.26.0698; fls. 1261, 1263/1266 dos autos n° 0001560-15.2013.402.5113; fls. 1256/1261 dos autos n° 0006121-90.2013.403.6136; fls. 1274/1276 dos autos n° 0005095-
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 26/12/2019 68/996*

90.2013.8.12.0019; e fls. 1337/1340 dos autos nº 0001105-51.2014.8.12.0021); c) nos Autos de Apreensão (fls. 1249/1250 dos autos nº 0000735-25.2013.8.26.0698; fls. 1267 dos autos nº 0001560-15.2013.402.5113; fls. 219/2020 dos autos nº 0006392-02.2013.403.6136; fls. 1277/1280 dos autos nº 0005095-90.2013.8.12.0019; e fls. 1341 dos autos nº 0001105-51.2014.8.12.0021); d) nos Laudos periciais (fls. 1253 e 1255/1256 dos autos nº 0000735-25.2013.8.26.0698; fls. 1262 e 1268/1269 dos autos nº 0001560-15.2013.402.5113; fls. 221/236 dos autos nº 0006392-02.2013.403.6136; fls. 1281/1283, 1284/1286 e 1287/1291 dos autos nº 0005095-90.2013.8.12.0019; e fls. 205/207 e 208/2011 dos autos nº 0001105-51.2014.8.12.0021); e) e na Medida Cautelar de Interceptação telemática/telefônica (Autos nº 0006121-90.2013.403.6136, mídia de fls. 321/322). Portanto, diante da farta prova documental carreada aos autos, cujo teor, ademais, não foi impugnado pelas defesas, restou devidamente comprovada a materialidade dos delitos. 4. Da autoria e do dolo. Passo a análise individualizada das condutas imputadas aos acusados. (...) 4.4. Do crime do art. 35, caput, c.c. art. 40, inc. I ou V, ambos da Lei nº 11.343/2006. As provas coligidas aos autos também são suficientes para demonstrar a existência de uma associação criminosa voltada para prática do delito de tráfico internacional de drogas, em pleno funcionamento, com os integrantes auxiliando-se mutuamente. Cabe analisar; portanto, se restou demonstrado que cada um dos apelantes se associou de forma estável e permanente com outras pessoas para a prática do crime de tráfico internacional de drogas. Nesse sentido, vejamos a redação do artigo 35, da Lei nº 11.343/2006, in verbis: (...). A respeito do vínculo necessário para a configuração do delito, leciona Renato Brasileiro o que segue: (...). A despeito da desnecessidade de efetiva realização de tráfico para a caracterização do delito capitulado no art. 35, da Lei 11.343/06, o referido tipo penal exige estabilidade da estrutura criminosa para sua efetiva configuração. Analisando o conjunto probatório, verifico que ao contrário do que aduzem as defesas existem provas suficientes a ampararem as condenações decretadas pela decisão apelada. Com efeito, houve a demonstração de associação para o tráfico internacional de drogas, por integrantes que compunham, principalmente, três núcleos precisos de atuação, considerando, além de outras circunstâncias, a base territorial que desenvolviam suas atividades criminosas. No Estado do Mato Grosso do Sul estava sediado o núcleo dos fornecedores, encarregado de comercializar o entorpecente oriundo do Paraguai, Bolívia e Peru, que eram internados no Brasil pela fronteira com Ponta Porã/MS. Por sua vez, em Catanduva/SP, ficavam os traficantes que compunham o núcleo de intermediação, e se responsabilizavam pelo recebimento da droga e também pela logística de armazenamento e, posterior, transporte endereçado aos criminosos localizados no Rio de Janeiro/RJ que faziam parte do núcleo de destinatários (...) 4.4.4. Wagner Gimenes de Lima. Após o transcurso das investigações e da instrução processual, verificou-se que Wagner Gimenes de Lima, vulgo 'Karijó', era integrante do Núcleo de Fornecedores, liderado por Deivi Maclin Rodrigues. Restou demonstrado, ainda, que Deivi Maclin Rodrigues forneceu a droga apreendida, no dia 13 de setembro de 2013, em Ponta Porã/MS, em poder de Cláudio Ari Pimentel Camargo (5.256 Kg de maconha em meio a uma carga de feijão), no Flagrante e Apreensão nº 05, observando que para o sucesso do fornecimento Deivid contou com o auxílio direto do recorrente. Ademais, o teor das interceptações telemáticas contidas nos autos nº 0006121-90.2013.403.6136 (mídia de fls. 321/322) corroboram a associação do apelante para o tráfico de drogas, em razão dos contínuos diálogos que ele mantinha com integrantes do grupo criminoso, sendo possível verificar estabilidade e permanência no vínculo associativo, bem como o dolo do acusado de estar associado com outros indivíduos para a prática do crime de tráfico de drogas. Valho-me das transcrições dos trechos mais relevantes dos autos circunstanciados apresentados pela autoridade policial, os quais apresentam conclusões verossímeis com o teor dos diálogos interceptados, a saber: No quarto período de monitoramento, ocorrido entre as datas ocorrido entre as datas 16/08/2013 a 19/09/2013: (...) DEIVI conversa com a pessoa de nome WAGNER (PIN nº 2º703aa7), que se identifica por KARIJÓ e informa que está conversando com outra pessoa a respeito do frete da droga. Posteriormente WAGNER foi qualificado, trata-se de WAGNER GIMINES DE LIMA, CPF: 029.306.441-50. 54. As diligências iniciais indicam que KARIJÓ é a pessoa identificada por WAGNER GIMENES DE LIMA, CPF: 029.306.441-50., que foi citada no Auto anterior e é conhecido por WAGUINHO (telefone 67 9193-5610). (...) 67. Entre as mensagens trocadas com REINALDO, DEIVI também se comunica com WAGNER (KARIJO) sobre o transporte da droga oferecida pela pessoa conhecida por RENAN BOCÃO, que usa o codinome de 'K9'. Os interlocutores dizem que precisam de frete para a cidade de Ribeirão Preto/SP, mas o destino do carregamento a ser enviado por RENAN é para a cidade de São Paulo e no momento não é interessante para eles. (...) 70. É possível observar que WAGNER também está falando simultaneamente, com RENAN e quer saber sobre a resposta que deve ser dada a ele, já que o mesmo aceita receber um veículo 'BMW' como parte do pagamento do transporte e o restante no destino, quando a droga chegar. (...) 75. Posteriormente DEIVI também conversa com WAGNER (KARIJO) sobre o transporte e pedi para avisar RENAN BOCÃO (K9), que mais tarde vai falar pessoalmente com ele. Em seguida, DEIVI também confirma para a pessoa de nome JUNIOR (PIN nº 2º172d84), que já esta tratando a respeito do transporte da droga a ser enviada por eles. (...) 139. Esclarecemos que WAGNER trabalha em um escritório despachante, na cidade de Ponta Porã/MS e tem acesso ao sistema RENAVAN para consultar dados de veículos. (...) 144. Em relação à placa passada por DEIVI, para WAGNER pesquisar sobre qual veículo pertence, não foi encontrado nenhum registro no RENAVAN, certamente porque os dados foram passados errados. (...) 149. DEIVI pediu para WAGNER verificar se RENAN BOCÃO e o associado de nome FRANCISCO estão na cidade, e assim, obter informação a respeito do caminhão com a droga, se já seguiu viagem para São Paulo, ou não. 150. De acordo com as mensagens seguintes, FRANCISCO está chateado, porque foi ele quem apresentou RENAN BOCÃO a WAGNER e DEIVI e os três passaram a tratar sobre a contratação do frete da droga sem a participação dele. (...) 153. De acordo com mensagens enviadas por WAGNER, o mesmo conversou pessoalmente com RENAN e este afirmou que nesta data, o veículo com o entorpecente deverá sair com destino a São Paulo. (...) 155. De acordo com as mensagens seguintes, ocorridas na noite do dia 03 para o dia 04 de setembro, WAGNER obteve informação junto a seu cunhado FRANCISCO sobre a localização do caminhão com a droga. Segundo ele, o veículo já estaria na cidade de Campo Grande/MS e na data do dia 04 ou 05, deveria seguir rumo à Capital Paulista. (...) 158. Nas mensagens seguintes, a pedido de DEIVI, WAGNER passa seu nome completo, os números do RG e CPF, bem como endereço, para que seja transferido para o nome dele, um veículo modelo/marca I30/Hyundai, que teriam recebido em pagamento de droga. 159. Ainda, de acordo com as mensagens, ocorridas no dia seguinte, há a indicação que é prática rotineira a transferência de veículos para o nome de WAGNER, certamente para ocultar a origem do bem. Na oportunidade, WAGNER também informa que o documento de veículo Fiat/Stilo chegou e em seguida passa a foto, mas conforme a orientação de DEIVI, deve ser passado para a pessoa conhecida por SERJÃO. Na foto é possível observar que se trata do CRV preenchido em nome de WAGNER. (...) 160. De acordo com as mensagens enviadas por WAGNER no dia 06 de setembro, o mesmo teria falado com FRANCISCO e este afirmou

que a previsão da chegada do caminhão com a droga em São Paulo é até a manhã do dia seguinte. A mesma informação é repassada para MIGUEL. 161. No dia seguinte, WAGNER volta a confirmar que a previsão da chegada do caminhão com a droga, é esta data. (...) 163. Em seguida, WAGNER volta a falar que conversou novamente com FRANCISCO e confirmou que o caminhão com a droga deve chegar ao destino, nesta data. (...) 171. Abaixo, WAGNER passa para DEIVI o PIN que está sendo usado por RENAN BOCÃO, nº 2A1E733B e diz que quem lhe passou foi o EDGAR. (...) 175. No diálogo abaixo, DEIVI e WAGNER falam detalhadamente sobre a contratação do transporte da droga entre DEIVI e RENAN e sobre a quantidade exata a ser transportada. São 2.180 quilos de 'maconha', pelo valor de R\$ 150.000,00. 176. Na sequência WAGNER diz que está tudo certo em real ação ao caminhão e na data de amanhã vai providenciar a transferência de um veículo Toyota/Hillux para RONI PAVÃO, a pedido de DEIVI. (...) 179. De acordo com as mensagens enviadas por WAGNER, RENAN BOCÃO já estaria na cidade de São Paulo e nesta data ainda iria ao encontro de DEIVI, para entregar a droga. ID: 2047915 (...) 183. Em diálogo com WAGNER, DEIVI fala que FRANCISCO e RENAN BOCÃO estão mentindo sobre a chegada da droga e pede para descobrir o endereço residencial constante no cadastro da CNH de RENAN, e ir até ver o que está acontecendo. Logo depois WAGNER passa o endereço pedido: R. Guararapes, nº 215. Lembramos que WAGNER trabalha em um escritório despachante, em Ponta Porã/MS. (...) 196. De acordo com a orientação passada por DEIVI, é para CAVALO, EDGAR e WAGNER, localizarem, sequestrarem e manterem RENAN amarrado até o dia seguinte, quando ele e JUNIOR deverão chegar à cidade de Ponta Porã/MS. Entretanto, logo depois, WAGNER avisa que ao se aproximar da residência de RENAN, o mesmo saiu em fuga utilizando um veículo modelo Pajero. (...) 227. À noite, DEIVI também conversa com WAGNER sobre a apreensão da droga. (...) 236. Ainda, no dia 14 de setembro, WAGNER fala que conversou com seu cunhado FRANCISCO e este confirmou que foi mesmo um caminhão branco, da marca Mercedes-Benz, que foi apreendido, quando transportava a droga' (Autos nº 0006121-90.2013.403.6136, 7º Volume, fls. 1492/1740, mídia de fls. 321). No sexto período de monitoramento ocorrido entre os dias 25/11/2013 e 26/12/2013: '(...) 49. Conforme mencionado nos itens 50 a 52 do relatório de inteligência policial anterior; o alvo DEIVI MACLIN RODRIGUES foi preso por policiais rodoviários federais na noite do dia 12/11/2013, nas proximidades da cidade de Três Lagoas/MS. 70. Durante a confecção do flagrante, DEIVI teve direito a realizar uma ligação a fim de informar alguém sobre sua prisão. O alvo ligou para um indivíduo chamado WAGNER LIMA. Tal fato chamou a atenção já que o nome era semelhante a WAGNER GIMENES DE LIMA, vulgo 'KARIJÓ', também alvo da presente investigação. 71. Confirmando a suspeita, no dia seguinte ao flagrante, 'KARIJÓ' comentou com HUDERSON DA SILVA PERRUPATO, vulgo 'RED BULL', sobre a prisão de DEIVI. Na conversa, 'KARIJÓ' menciona ter recebido durante a madrugada uma ligação da Polícia Federal alertando sobre o flagrante. 72. Mesmo após sua prisão, DEIVI continuou mantendo contato com WAGNER GIMENES DE LIMA, vulgo 'KARIJO', com o intuito de continuar com suas atividades ligadas ao tráfico de entorpecentes. 73. Nas conversas abaixo, interceptadas através do pin monitorado de 'KARIJÓ', DEIVI orienta a vender determinados bens, a fim de angariar recursos que seriam utilizados para a compra de cocaína e maconha, para posterior venda no interior do estabelecimento prisional onde o alvo encontra-se recolhido. 74. Através do monitoramento do pin utilizado pela esposa de DEIVI, JULIANA GUERRERO MILTOS, foi possível obter dados que confirmam sua identificação, bem como de 'KARIJÓ'. 75. Na conversa, ambos revelam possuir conta no Facebook, repassando dados acerca de seus usuários. Desta forma, foi possível verificar as fotos disponibilizadas pelos alvos em seus respectivos perfis, ratificando as informações obtidas previamente sobre suas identidades. FOTO' (Autos nº 0006121-90.2013.403.6136, 10º Volume, fls. 2242-2443, mídia de fls. 321). Outrossim, a existência de uma associação criminosa, integrada pelo réu, também foi corroborada pela prova testemunhal. Durante a instrução do feito foram ouvidas duas testemunhas de acusação, que prestaram depoimentos coesos entre si e confirmaram as provas produzidas durante a fase inquisitorial, especialmente as interceptações telemáticas, que revelaram diversas conversas entre integrantes da associação (mídia de fls. 854/855). O agente de polícia federal Leandro Silva afirmou que o apelante auxiliava no tráfico de drogas, sendo que seu nome era usado para que Deivi ocultasse bens. Disse que o acusado também possuía contato com outros fornecedores. Por fim, afirmou que, após a prisão de Deivi, o réu ficou encarregado da venda dos entorpecentes, inclusive, iria providenciar a entrega de droga para que Deivi pudesse vender dentro da cadeia. O conjunto probatório, desta maneira, aponta com segurança que o apelante estava enredado com o grupo criminoso, trabalhando em conjunto com outros integrantes, mantendo um vínculo associativo para o fim de promover o tráfico de entorpecente. Como já mencionado, embora o aparelho telefônico utilizado pelo acusado não tenha sido apreendido, em nada macula a autoria delitiva, que restou demonstrada pelo teor das conversas interceptadas em conjunto com as diligências da Polícia Federal e as provas produzidas em juízo. Frente a todos os elementos de provas presentes nos autos, as alegações da defesa do réu são desprovidas de verossimilhança. Assim, sendo de rigor a manutenção da condenação pela prática do crime previsto no art. 35, caput, c.c. art. 40, inc. V, ambos da Lei 11.343/2006 (...).

Cumprе salientar que a presente Revisão Criminal não veio instruída com qualquer elemento de prova na tentativa de descaracterizar aquilo que sobejamente restou assentado na relação processual originária no sentido de que o revisionando foi coautor do crime pelo qual restou condenado, **ônus que caberia à sua pessoa**, na justa medida em que almeja a desconstituição de édito penal condenatório transitado em julgado (exarado com o respeito ao devido processo legal e seus corolários da ampla defesa e do contraditório). Ademais, lançando mão do exerto anteriormente transcrito, depreende-se a efetiva comprovação de que ele perpetrou o crime pelo qual foi condenado (art. 35 da Lei nº 11.343/2006), oportunidade em que todo o arcabouço probatório foi devidamente esmiuçado no contexto da infração penal, sendo plenamente possível a delimitação de responsabilidade e a atribuição da autoria delitiva, razão pela qual **não prosperam os argumentos ventilados nesta senda a ensejar o deferimento da pretensão absolutória**.

Calha destacar, à luz do anteriormente exposto, a impossibilidade de se conceber a estreita via revisional como uma nova possibilidade de reavivar temas que foram enfrentados à exaustão quando da formação da culpa como se nova oportunidade de interposição de recurso de Apelação (com sua devolutividade inerente) fosse, donde se mostra possível concluir pela impertinência da via escolhida. Agregue-se ao ora aduzido o fato de que o revisionando não colacionou aos autos digitais qualquer átimo de prova a referendar, ainda que indiciariamente, a improcedência dos argumentos concatenados pelos magistrados que julgaram os fatos imputados, tudo a corroborar, também sob tal matiz, a procedência da condenação penal protegida pelo manto da coisa julgada material. Portanto, de rigor a refutação do pleito absolutório.

DO CASO CONCRETO – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE TANTO DO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS COMO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA A TRAFICÂNCIA

Postula o revisionando a redução da pena-base tanto do crime de tráfico internacional de drogas como do delito de associação para a traficância, aduzindo, sinteticamente, os argumentos que seguem: (a) no que tange ao **delito do art. 33 da Lei nº 11.343/2006**, aduz que a dosimetria não guardaria razoabilidade e proporcionalidade com o fato criminoso (baseando-se, na realidade, na gravidade abstrata da infração), salientando que as circunstâncias do delito e a quantidade de entorpecente não justificariam o incremento levado a efeito, o que deveria ser concatenado com o fato de que sua conduta social e sua personalidade seriam abonadoras e (b) no que tange ao **delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006**, alega que a reprimenda foi fixada acima do mínimo legal pelos mesmos fundamentos utilizados para elevar a punição pelo crime de tráfico, o que redundaria em dupla punição defesa pelo ordenamento pátrio.

A fim de que seja possível o enfrentamento do tema ora em comento, mostra-se necessária a transcrição da dosimetria penal levada a efeito em detrimento do revisionando (v. acórdão – ID's 90842465 – págs. 03/160 e 90842461 – págs. 01/51):

(...) 5. Da dosimetria das penas (...) 5.5.4. Wagner Gímenes de Lima. A pena do réu foi concretizada em 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, na forma do art. 69, do Código Penal, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.984 (um mil, novecentos e oitenta e quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pena corporal não substituída, ante o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. A defesa, em suas razões, postulou pela reforma da pena aplicada, argumentando que a dosimetria da pena foi tecida em termos genéricos e abstratos, o que resultou uma pena altíssima ferindo o princípio da proporcionalidade. 5.5.4.1. **Do art. 33, caput, c.c. art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006.** Na primeira fase da fixação da pena, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar; o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar. A pena-base foi fixada pelo Juízo a quo em 09 (nove) anos de reclusão, conforme a seguir: 'A reprovação da conduta (culpabilidade) indica que a pena-base deve ser mensurada acima do mínimo legal. De acordo com o expediente, autuado em apenso, em que consignamos seus antecedentes criminais, verifico que não ostenta maus antecedentes. Por outro lado, mesmo que sua conduta social e personalidade não possam ser havidas aqui como desabonadoras, o mesmo se podendo dizer dos motivos, circunstâncias, consequências do delito, além do próprio comportamento da vítima (não influente), resta evidente, na hipótese, que tanto a qualidade quanto a quantidade do entorpecente apreendido na ocasião do episódio 5, desfavorecem inegavelmente sua situação. Foram, como visto, 5.256 quilos de maconha, quantidade essa bem expressiva não é pequena. Assim, fixo a pena-base em 9 anos de reclusão' (fls. 2470). No caso em apreço, em que pesem as razões da defesa, a quantidade de droga transportada e sua potencialidade lesiva (5.256 Kg de maconha) justificam a pena-base no patamar fixado pelo Juízo de primeiro grau. Assim, mantenho a pena-base nos exatos termos em que fixada. Na segunda fase da dosimetria não há circunstâncias atenuantes, nem agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, não houve a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Os requisitos do benefício previsto nesse dispositivo legal são os seguintes: (...). Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso em tela, No caso em tela (sic), as mensagens interceptadas demonstram, estreme de dúvidas, que o acusado se dedica às atividades criminosas, bem como integra organização criminosa, como se observa do grande volume de conversas com interlocutores também envolvidos com o tráfico de drogas. Logo, não é cabível a aplicação da minorante. Assim, não preenche os requisitos exigidos pelo § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. Finalmente, a respeito da incidência da causa de aumento de pena do artigo 40, I da Lei n.º 11.343/06, correta a sentença ao concluir pelo caráter interestadual do delito (patamar mínimo de 1/6). Desta feita, mantenho a pena fixada na r. sentença, qual seja, 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Deve ser mantida também a pena de multa, fixada em 1000 (um mil) dias-multa, mais benéfica ao acusado do que a exasperação proporcional à pena privativa de liberdade. Mantido o valor unitário do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente na data da sentença. 5.5.4.2. **Do art. 35, caput, c.c. art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006.** A pena do réu em relação ao delito do art. 35, caput, c.c. art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006, foi concretizada em 07 (sete) anos de reclusão e 984 (novecentos e oitenta e quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, consoante a fundamentação a seguir: 'A reprovação da conduta (culpabilidade) indica que a pena-base deve ser mensurada acima do mínimo legal. De acordo com o expediente, autuado em apenso, em que consignamos seus antecedentes criminais, verifico que não ostenta maus antecedentes. Embora ele responda, pelo crime de associação para o tráfico de drogas, em feito que tem curso pela Comarca de Uberlândia/MG ainda não houve decisão definitiva a respeito do apontado crime. Por outro lado, mesmo que sua conduta social e personalidade não possam ser consideradas desabonadoras, o mesmo se podendo dizer dos motivos, e do próprio comportamento da vítima (não influente), com certeza as circunstâncias do delito, diante do sofisticado engenho criminoso ao qual se vinculou, e de suas próprias consequências, atestadas pelo longo período em que permaneceu em atividade a associação, são, inegavelmente, desfavoráveis. Assim, fixo a pena-base em 06 anos de reclusão' (fls. 2470v/2470). Em que pese o pleito defensivo, a sentença não merece reparos em relação ao quantum de pena-base fixado, eis que a natureza e a quantidade da droga objeto da associação devem ser consideradas como circunstâncias preponderantes, nos termos do artigo 42 da Lei n.º 11.343/06. Na segunda fase da dosimetria, não há circunstâncias atenuantes, nem agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, não houve a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Os requisitos do benefício previsto nesse dispositivo legal são os seguintes: (...). Percebe-se que se trata de requisitos cumulativos. No caso em tela, No caso em tela (sic), as mensagens interceptadas demonstram, estreme de dúvidas, que o acusado se dedica às atividades criminosas, bem como integra organização criminosa, como se observa do grande volume de conversas com interlocutores também envolvidos com o tráfico de drogas. Logo, não é cabível a aplicação da minorante. Assim, não preenche os requisitos exigidos pelo § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. Finalmente, a respeito da incidência da causa de aumento de pena do artigo 40, I da Lei n.º 11.343/06, correta a sentença ao concluir pelo caráter interestadual do delito (patamar mínimo de 1/6). Desta feita, mantenho a pena fixada na r. sentença, qual seja, 07 (sete) anos de reclusão. Deve ser mantida também a pena de multa, fixada em 984 (novecentos e oitenta e quatro) dias-multa, mais benéfica ao acusado do que a exasperação proporcional à pena privativa de liberdade. Mantido o valor unitário do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente na data da sentença. 5.5.4.2. Do concurso material. Somadas as penas, nos termos do art. 69 do Código Penal, resta concretizada em 17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, de 1.984 (um mil, novecentos e oitenta e quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos no caso concreto, tendo em vista o quantum da condenação superior a quatro anos, não estando preenchido o requisito temporal objetivo do artigo 44, I, do Código Penal. Mantenho, por fim, o regime inicial fechado para cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, § 2º, 'a', do Código Penal (...) – destaques nossos.

Comefeito, imperioso destacar que **somente se mostra possível o manejo de Revisão Criminal com o objetivo de se alterar a reprimenda quando constatada *prima facie* a ocorrência de flagrante ilegalidade ou de manifesto abuso de poder** no proceder por meio do qual se levou em consideração para sua fixação - a propósito, confira-se a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que se formou acerca do tema:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. QUESTÃO NÃO TRATADA NOS RECURSOS ORIGINARIAMENTE APRESENTADOS. 1. A orientação desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que somente nas hipóteses de erro ou ilegalidade prontamente verificável na dosimetria da reprimenda, em flagrante afronta ao art. 59 do Código Penal, pode este Tribunal Superior reexaminar o decisum em tal aspecto, o que não é o caso dos autos. (...) (AgRg no AREsp 723.879/PR, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016) - destaque nosso.

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, CPP. OFENSA AO ART. 59 DO CP. AÇÕES PRESCRITAS CONSIDERADAS COMO CONDUTA SOCIAL NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1. Com exceção das hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, não se conhece de alegada violação ao artigo 59 do Código Penal, haja vista o reexame da dosimetria da pena demandar a análise acurada dos elementos dos autos, inviável em instância superior. (...) (RvCr 974/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 28/09/2010) - destaque nosso.

E, dentro de tal contexto, compulsando os autos, **não se vislumbra do caso subjacente a ocorrência nem de flagrante ilegalidade nem de manifesto abuso de poder a referendar o provimento desta ação impugnativa autônoma no ponto ora em apreciação, seja no que concerne à dosimetria do delito de tráfico de drogas, seja no que toca à dosimetria do crime de associação para a traficância.**

(a) **Delito do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.** A teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, o magistrado, quando da fixação da pena-base, observará, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (*O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*), sendo importante destacar que o C. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE 666334 RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014), de observância obrigatória porque decidido com base na repercussão geral da questão constitucional nele debatida (aplicando-se, por analogia, o comando insculpido no art. 927, III, do Código de Processo Civil), firmou entendimento, apreciando o tema 712 (*possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006*), no sentido de que *as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena* (tese fixada), restando o precedente assimmentado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência (STF, ARE 666334 RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014) - destaque nosso.

À luz do anteriormente exposto, **mostra-se até mesmo diminuto o quantum de pena-base imposta ao revisando pelo tráfico internacional de drogas em que condenado**, conclusão esta não afastada pelos argumentos aventados nesta via estreita, tendo em vista que o entorpecente apreendido remontava a mais de 5.200 (cinco mil e duzentos) quilos de maconha. Destaque-se que a jurisprudência deste C. Tribunal Regional Federal referenda majoração superior à cominada no caso subjacente, de molde a não proceder o pedido de abrandamento de pena, sequer tendo como supedâneo a valoração benéfica das circunstâncias constantes do art. 59 do Código Penal na justa medida em que **a quantidade e a qualidade do estupefaciente, por si só, referendam o incremento da pena-base cominada ao agente infrator da lei penal.**

(b) **Delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006.** Mostra-se assente em nossa jurisprudência a possibilidade da plena valoração, com supedâneo no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, da quantidade e da qualidade da droga ainda que seja no bojo de tipificação de conduta enquadrada como sendo de associação para a traficância (art. 35 da Lei nº 11.343/2006), sem que tal prática possa ser acoinhada de defesa pelo ordenamento jurídico, conforme é possível ser aferido das ementas que seguem:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que 'embora o paciente seja primário e a pena final tenha sido estabelecida em 8 anos de reclusão, a quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas foram valoradas nas primeiras fases das respectivas dosimetrias das penas e justificam a imposição do regime inicial fechado nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 [...]' (AgRg no HC n. 458.664/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 31/10/2018, grifei), como se deu no caso dos autos. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 1767819/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018) - destaque nosso.

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (I) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDAS BÁSICAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (...) 2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se suficiente a motivar a exasperação da pena-base a menção à natureza e à quantidade da substância entorpecente apreendida em poder dos sentenciados - 22 (vinte e dois) tijolos de cocaína em pó, com peso líquido de aproximadamente 22kg (vinte e dois quilos). 3. O legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado. Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa. 4. Na espécie, o Magistrado sentenciante, respeitando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como aos pormenores da situação em desfile, aumentou as reprimendas em 1/5 (um quinto), destacando a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 22kg (vinte e dois quilos) de cocaína. (...) (STJ, HC 475.696/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018) - destaque nosso.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA - 17 KG DE MACONHA. AUMENTO DA PENA-BASE EM 1/4 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) - Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n.º 11.343/2006. (...) (STJ, AgRg no HC 465.898/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018) - destaque nosso.

PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA PENAL. 1ª ETAPA - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A QUANTIDADE E A QUALIDADE DA DROGA (ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006). 2ª ETAPA - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE OBRIGATÓRIA DA CONFISSÃO. 3ª ETAPA - IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. 3ª ETAPA - IMPOSSIBILIDADE DO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, I, DA LEI N.º 11.343/2006. READEQUAÇÃO DAS PENAS-BASES DE TODOS OS DELITOS PARA FIXÁ-LAS NO MÍNIMO LEGAL, ALTERANDO, AINDA, O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DE UM DOS ACUSADOS. (...) - A teor do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o magistrado, quando da fixação da pena-base, observará, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Assim, perfeitamente possível o proceder por meio do qual atuou a magistrada sentenciante ao impor pena-base aos acusados acima do mínimo legal valorando, para tanto, a quantidade e a qualidade da droga apreendida. (...) (TRF3, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 73576 - 0005965-25.2017.4.03.6181, Rel. Des. Fed. FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 23/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/11/2018) - destaque nosso.

Assim, por tudo o que se acaba de expor, **não se verifica dos autos qualquer fundamento a permitir o deferimento da pretensão revisional ora em apreciação.**

DO CASO CONCRETO – PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006

Pugna o revisionando pela incidência da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ao caso subjacente, argumentando, para tanto, o implemento de todos os requisitos legais, especialmente o fato de que não integraria organização criminosa e nem se dedicaria à prática de atividades ilícitas.

Lançando mão de 02 (dois) pontos anteriormente indicados, quais sejam, (a) a transcrição da dosimetria penal levada a efeito no v. acórdão que se pretende rescindir e (b) a necessidade de que haja flagrante ilegalidade ou manifesto abuso de poder quando da fixação da pena para que seja possível o acolhimento de pleito revisional (entendimento proveniente do C. Superior Tribunal de Justiça), mostra-se **defeso o acolhimento do pedido ora em comento** na justa medida em que a negativa de se fazer incidir a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 à Ação Penal subjacente encontra ressonância na jurisprudência deste E. Tribunal Regional, que **indeferiu a benesse quando evidenciada pelas circunstâncias em que perpetrada a traficância a participação em organização criminosa**, cabendo salientar que **o revisionando foi condenado pela execução do crime de associação para o tráfico**, o que redundou na constatação de que havia, sim, uma organização criminosa da qual ele pertencia. Como consequência, **somente resta a possibilidade de indeferir a pretensão revisional ora em apreciação.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o exaurimento da análise dos pontos aventados pelo revisionando, nota-se que sua intenção está em rediscutir nesta senda aspectos que foram todos apreciados, contextualizados e julgados na Ação Penal subjacente, o que não se coaduna com os limites de cognição consagrados para fins revisionais na justa medida em que o expediente em tela não deve ser interpretado como uma nova possibilidade de haver um julgamento de recurso de Apelação (com a cognição inerente a tal recurso) - a propósito, reporta-se aos julgados colacionados no início deste voto refutando o cabimento de Revisão Criminal como sucedâneo de Apelação. Em última instância, depreende-se sua intenção em manifestar seu inconformismo com a condenação que lhe foi impingida, condenação esta balizada no amplo conhecimento das provas e dos fatos e da extensiva valoração levada a efeito na Ação Penal que deu origem ao título penal condenatório que se busca desconstituir. Desta forma, **a improcedência do pleito formulado nesta Revisão Criminal é medida lógica.**

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto por **JULGAR IMPROCEDENTE o pleito revisional formulado por WAGNER GIMENES DE LIMA**, nos termos anteriormente expendidos.

E M E N T A

REVISÃO CRIMINAL. PROTEÇÃO À COISA JULGADA E HIPÓTESES DE CABIMENTO. CASO CONCRETO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR DOIS FUNDAMENTOS (COM A CONSEQUENTE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA – PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO): VIOLAÇÃO AOS ARTS. 2º, II, E 5º, AMBOS DA LEI Nº 9.296/1996 – REFUTAMENTO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO COMETIMENTO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA A TRAFICÂNCIA (ART. 35 C.C. ART. 40, I, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006) – RECHAÇAMENTO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE TANTO DO CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS COMO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA A TRAFICÂNCIA – INDEFERIMENTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – AFASTAMENTO. POSTULAÇÃO REVISIONAL JULGADA IMPROCEDENTE.

- O Ordenamento Constitucional de 1988 elencou a coisa julgada como direito fundamental do cidadão (art. 5º, XXXVI), conferindo indispensável proteção ao valor segurança jurídica com o escopo de que as relações sociais fossem pacificadas após a exarcação de provimento judicial dotado de imutabilidade. Sobrevindo a impossibilidade de apresentação de recurso em face de uma decisão judicial, há que ser reconhecida a imutabilidade do provimento tendo como base a formação tanto de coisa julgada formal (esgotamento da instância) como de coisa julgada material (predicado que torna imutável o que restou decidido pelo Poder Judiciário, prestigiando, assim, a justiça e a ordem social).

- Situações excepcionais, fundadas na ponderação de interesses de assento constitucional, permitem o afastamento de tal característica da imutabilidade das decisões exaradas pelo Poder Judiciário a fim de que prevaleça outro interesse (também tutelado constitucionalmente), sendo justamente neste panorama que nosso sistema jurídico prevê a existência de ação rescisória (a permitir o afastamento da coisa julgada no âmbito do Processo Civil) e de revisão criminal (a possibilitar referido afastamento na senda do Processo Penal).

- No âmbito do Processo Penal, para que seja possível a reconsideração do que restou decidido sob o manto da coisa julgada, deve ocorrer no caso concreto uma das situações previstas para tanto no ordenamento jurídico como hipótese de cabimento da revisão criminal nos termos do art. 621, do Código de Processo Penal. Assim, permite-se o ajuizamento de revisão criminal fundada em argumentação no sentido de que (a) a sentença proferida encontra-se contrária a texto expresso de lei ou a evidência dos autos; (b) a sentença exarada fundou-se em prova comprovadamente falsa; e (c) houve o surgimento de prova nova, posterior à sentença, de que o condenado seria inocente ou de circunstância que permitiria a diminuição da reprimenda então imposta.

- A Revisão Criminal não se mostra como via adequada para que haja um rejuízo do conjunto fático-probatório constante da relação processual originária, razão pela qual impertinente a formulação de argumentação que já foi apreciada e rechaçada pelo juízo condenatório. Sequer a existência de interpretação controvertida permite a propositura do expediente em tela, pois tal situação (controvérsia de tema na jurisprudência) não se enquadra na ideia necessária para que o instrumento tenha fundamento de validade no inciso I do art. 621 do Código de Processo Penal.

- Formula o revisionando pleito de reconhecimento da ilicitude da interceptação telefônica por dois fundamentos: (a) violação ao comando insculpido no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996 (tendo em vista que o expediente probatório não teria sido a última medida passível de ser adotada com o fito de se obter eventual prova da infração criminal) e (b) violação ao preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.296/1996 (haja vista a existência de sucessivas prorrogações de molde que as gravações posteriores ao limite máximo de 30 – trinta – dias seriam ilegais – ademais, acaso se entenda que as prorrogações seriam legítimas, alega a manutenção do vício de nulidade da prova à luz de que as decisões pela continuidade da captação encontrar-se-iam desprovidas de fundamentação, sem se descuidar que infundadas prorrogações maculariam, também, o princípio da razoabilidade). Como corolário, havendo o assentamento da nulidade vindicada, requer a incidência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada como o desiderato de que sejam consideradas nulas todas as demais provas obtidas a partir da interceptação telefônica, o que culminaria na exarcação de édito penal absolutório.

- A pretensão de reconhecimento de nulidade das interceptações telefônicas foi apreciada quando do julgamento dos apelos então aviados, salientando-se que, a despeito do revisionando não ter impugnado tal meio de obtenção de prova em suas razões recursais (o que acabou sendo levado a efeito por corréus), o órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região referendou a legalidade das interceptações sob diversos aspectos e fundamentos conforme é possível ser inferido do v. acórdão condenatório então proferido. Dentro de tal contexto, depreende-se que tanto a necessidade de que a interceptação telefônica não fosse a primeira das provas deferidas ao longo da fase inquisitiva (aferição de cumprimento do comando instituído no art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996) como a efetiva constatação de que os ciclos de interceptação foram precedidos por r. decisão judicial devidamente fundamentada (cumprimento do disposto no art. 5º da Lei nº 9.296/1996) foram objeto de análise e de deliberação quando do momento de formação da culpa, razão pela qual impossível objetivar-se que a via estreita revisional seja compreendida como sucedâneo recursal.

- Sem prejuízo do exposto, ainda que fosse possível suplantar o óbice anteriormente indicado para adentrar ao mérito revisional propriamente dito, especificamente no que toca à alegação de ofensa ao art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996, as interceptações telefônicas determinadas não foram as primeiras diligências encetadas no apuratório que até então se encontrava em curso, cabendo destacar, ademais, que delitos como os que estavam em apuração demandam investigações que se compaginam do mesmo requinte tecnológico a sufragar o deferimento de interceptações de conversas telefônicas. Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal e desta E. Corte Regional. Por sua vez, no que se refere à alegação de ofensa ao art. 5º da Lei nº 9.296/1996, a jurisprudência que se formou sobre o tema firmou-se no sentido de que é possível a ocorrência de sucessivas prorrogações da interceptação telefônica quando o caso concreto assim o demandar, diante das peculiaridades como os delitos então em apuração ocorriam, principalmente se o meio empregado para a sua consecução defluiu do uso da telefonia ou da telemática, cabendo ressaltar, outrossim, a teor do v. acórdão condenatório, que a Quinta Turma desta C. Corte Regional foi assente em sustentar que todas as prorrogações encontraram-se devidamente fundamentadas.

- Requer o revisionando sua absolvição no que concerne ao delito de associação para a traficância (art. 35 c.c. art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006), alegando, sinteticamente, que sua condenação teria se baseado em provas que sugeririam dúvidas, especialmente no que se refere à existência de vínculo estável e duradouro.

- Ocorre, entretanto, que a presente Revisão Criminal não veio instruída com qualquer elemento de prova na tentativa de descaracterizar aquilo que sobejamente restou assentado na relação processual originária no sentido de que o revisionando foi coautor do crime pelo qual restou condenado, ônus que caberia à sua pessoa, na justa medida em que almeja a desconstituição de édito penal condenatório transitado em julgado (exarado como o respeito ao devido processo legal e seus corolários da ampla defesa e do contraditório). Ademais, lançando mão do conteúdo do v. acórdão condenatório, depreende-se a efetiva comprovação de que ele perpetrou o crime pelo qual foi condenado (art. 35 da Lei nº 11.343/2006), oportunidade em que todo o arcabouço probatório foi devidamente esmiuçado no contexto da infração penal, sendo plenamente possível a delimitação de responsabilidade e a atribuição da autoria delitiva, razão pela qual não prosperamos argumentos ventilados nesta senda a ensejar o deferimento da pretensão absolutória.

- Postula o revisionando a redução da pena-base tanto do crime de tráfico internacional de drogas como do delito de associação para a traficância, aduzindo, sinteticamente, os argumentos que seguem: (a) no que tange ao delito do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aduz que a dosimetria não guardaria razoabilidade e proporcionalidade com o fato criminoso (baseando-se, na realidade, na gravidade abstrata da infração), salientando que as circunstâncias do delito e a quantidade de entorpecente não justificariam o incremento levado a efeito, o que deveria ser concatenado com o fato de que sua conduta social e sua personalidade seriam abonadoras e (b) no que tange ao delito do art. 35 da Lei nº 11.343/2006, alega que a reprimenda foi fixada acima do mínimo legal pelos mesmos fundamentos utilizados para elevar a punição pelo crime de tráfico, o que redundaria em dupla punição defesa pelo ordenamento pátrio.

- Segundo o C. Superior Tribunal de Justiça, somente se mostra possível o manejo de Revisão Criminal com o objetivo de se alterar a reprimenda quando constatada *prima facie* a ocorrência de flagrante ilegalidade ou de manifesto abuso de poder no proceder por meio do qual se levou em consideração para sua fixação. E, dentro de tal contexto, compulsando os autos, não se vislumbra do caso subjacente a ocorrência nem de flagrante ilegalidade nem de manifesto abuso de poder a referendar o provimento desta ação impugnativa autônoma no ponto ora em apreciação, seja no que concerne à dosimetria do delito de tráfico de drogas, seja no que toca à dosimetria do crime de associação para a traficância.

- A teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, o magistrado, quando da fixação da pena-base, observará, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, sendo importante destacar que o C. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE 666334 RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014), de observância obrigatória porque decidido com base na repercussão geral da questão constitucional nele debatida (aplicando-se, por analogia, o comando insculpido no art. 927, III, do Código de Processo Civil), firmou entendimento no sentido de que *as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena* (tese fixada).

- Mostra-se até mesmo diminuto o *quantum* de pena-base imposta ao revisionando pelo tráfico internacional de drogas em que condenado, conclusão esta não afastada pelos argumentos aventados nesta via estreita, tendo em vista que o entorpecente apreendido remontava a mais de 5.200 (cinco mil e duzentos) quilos de maconha. Destaque-se que a jurisprudência deste C. Tribunal Regional Federal referenda majoração superior à cominada no caso subjacente, de molde a não proceder o pedido de abrandamento de pena, sequer tendo como supedâneo a valoração benéfica das circunstâncias constantes do art. 59 do Código Penal na justa medida em que a quantidade e a qualidade do estupefaciente, por si só, referendam o incremento da pena-base cominada ao agente infrator da lei penal.

- É assente em nossa jurisprudência (C. Superior Tribunal de Justiça e E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região) a possibilidade da plena valoração, com supedâneo no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, da quantidade e da qualidade da droga ainda que seja no bojo de tipificação de conduta enquadrada como sendo de associação para a traficância (art. 35 da Lei nº 11.343/2006) sem que tal prática possa ser acoimada de defesa pelo ordenamento jurídico.

- Pugna o revisionando pela incidência da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006) ao caso subjacente, argumentando, para tanto, o implemento de todos os requisitos legais, especialmente o fato de que não integraria organização criminosa e nem se dedicaria à prática de atividades ilícitas. Contudo, impossível o acolhimento do pedido na justa medida em que a negativa de se fazer incidir a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 à Ação Penal subjacente encontra ressonância na jurisprudência deste E. Tribunal Regional, que indefere a benesse quando evidenciada pelas circunstâncias em que perpetrada a traficância a participação em organização criminosa, cabendo salientar que o revisionando foi condenado pela execução do crime de associação para o tráfico, o que redundava na constatação de que havia, sim, uma organização criminosa da qual ele pertencia.

- Revisão Criminal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu JULGAR IMPROCEDENTE o pleito revisional, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL(428)Nº 5020207-80.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: JULIO CESAR DE OLIVEIRA MARQUES
Advogado do(a) REQUERENTE: NILTON GOMES CARDOSO - SP134583
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL(428)Nº 5020207-80.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: JULIO CESAR DE OLIVEIRA MARQUES
Advogado do(a) REQUERENTE: NILTON GOMES CARDOSO - SP134583
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por JULIO CESAR DE OLIVEIRA MARQUES, ratificada pela Defensoria Pública da União, contra acórdão proferido nos autos da ação penal n.º 0001981-58.2013.4.03.6121, pela 2ª Turma desta Corte, que, no que interessa a esses autos, por unanimidade, negou provimento ao apelo da acusação e deu parcial provimento ao recurso de Júlio César de Oliveira Marques, para, com fulcro no art. 386, VII, do CPP, absolvê-lo da imputação do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, mantendo sua pena definitiva em 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 800 (oitocentos) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (umtrigésimo) do salário-mínimo.

O acórdão ora combatido restou assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AÇÃO CONTROLADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. RETRATAÇÃO DE CONFISSÃO FEITA EM SEDE POLICIAL. IMPUGNAÇÃO DE DOCUMENTOS. NOTITIA CRIMINIS FORNECIDA POR INFORMANTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. COAÇÃO. DEPOIMENTOS POLICIAIS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DOSIMETRIA. RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. RECURSOS DE DEFESA PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. À luz do art. 109, inc. V, da Constituição Federal e art. 70 da Lei n.º 11.343/06, a existência de indícios sobre a transnacionalidade do delito de tráfico de drogas é suficiente para a fixação da competência da Justiça Federal para a apreciação e julgamento do feito. Caso em que declarações prestadas por corréu em sede policial e em juízo evidenciam que a droga apreendida em seu poder provém da República do Paraguai.

2. Alegação de inépcia da denúncia que não prospera, eis que a peça exordial descreve clara e suficientemente os crimes imputados, indicando a materialidade e a autoria, bem como a dimensão da participação dos acusados nas ações delitivas. No que diz respeito a C. P., em especial, sua conduta está suficientemente individualizada, descrevendo-se como o réu, livre e conscientemente, realizaria o transporte da droga de Pedro Juan Caballero/PY até a cidade de Taubaté/SP, pelo que receberia a quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Narrativa apresentada pelo Parquet que propicia adequadamente ao réu o conhecimento da acusação que sobre ele recai, assim como a medida de sua participação nos fatos, de forma que não há de se falar em inépcia da denúncia.

3. Alegações de que a investigação policial realizada seria ilegal, por ausência de autorização judicial para ação controlada (art. 53 da Lei n.º 11.343/06), que não merecem guarida. Caracteriza-se a ação controlada pelo retardamento da intervenção policial em relação aos portadores de drogas, ou seja, protraí-se a prisão em flagrante dos transportadores da substância ilícita com o objetivo de assim chegar ao mandante do crime de tráfico, situação que não se afigura no caso. Procedeu corretamente a MM. Juíza a quo ao consignar o poder-dever da Polícia Federal de investigar supostas práticas criminosas, consoante determina o art. 144, § 1º, da Constituição Federal e art. 4º do CPP, sem que, para isso, seja necessária autorização judicial. Diligências policiais que caracterizam típica investigação policial e flagrante, que não exigem intervenção do Ministério Público ou do Judiciário para que se efetivem.

4. Alegação de cerceamento de defesa, por indeferimento de pedido de expedição de ofício para a requisição de gravações imagens de câmeras de segurança e oitiva do proprietário e do funcionário mais antigo do posto de combustíveis, não acolhida. Observa-se que a MM. Juíza a quo oportunizou à parte prazo de cinco dias para que trouxesse aos autos prova sobre a existência das gravações e perfeita individualização dos imóveis concernentes, mas a defesa descurou-se de identificar corretamente os locais e checar a existência de gravações e informá-los ao juízo, permitindo operar-se a preclusão temporal.

5. Ante o princípio do livre convencimento motivado positivado no art. 155 do CPP, não está o juiz obrigado a deferir a produção de toda e qualquer prova requisitada pelas partes, reservando-se à sua discricção a produção daquelas que reputar necessárias para a solução da lide (art. 156, II, do CPP).

6. Retratação de confissão feita em sede inquisitiva (por ter sido supostamente forjada por policiais) que se mostra inócua quando confrontada com os convergentes testemunhos dos diversos policiais federais no sentido de que o réu, no momento de sua prisão, assumiu espontaneamente o crime cometido e mostrou-se arrependido. Ademais, é cediço o entendimento de que irregularidades constatadas no bojo do procedimento informativo de inquérito policial não maculam o processo penal.

7. Documentos juntados pela acusação (mapas obtidos na internet) que não foram utilizados para o decreto condenatório, inexistindo prejuízo contra a defesa que enseje nulidade (art. 563 do CPP).

8. *Suscita-se que a presente ação penal seria nula, por infração ao art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal, tendo em vista a negativa de uma testemunha de revelar quem seria o informante que forneceu os dados para desencadear o monitoramento do caminhão contendo droga, o que inclusive acarretaria crime de falso testemunho, por calar-se a verdade, argumento que não merece amparo. O mencionado dispositivo constitucional confere égide à liberdade de manifestação do pensamento, pilar do regime democrático nacional, e que a vedação ao anonimato nele contida tem por função coibir a publicidade de manifestações injuriosas, caluniosas ou difamatórias. Tal vedação não alcança a necessidade de se legitimar a chamada "denúncia anônima", expediente reservado a garantir ao informante segurança suficiente contra possíveis retaliações dos agentes criminosos envolvidos na notitia criminis. Perceba-se que os direitos e garantias individuais constitucionais do suspeito, inclusive a inviolabilidade de sua honra e privacidade, não é incompatível com o interesse público de investigarem-se infrações criminais cometidas contra a coletividade, contanto que a autoridade policial tome as providências e cautelas legais para averiguar a plausibilidade da denúncia anônima. Enquanto a Constituição Federal garante o sigilo da fonte em seu art. 5º, inc. XIV (ainda que o faça objetivando assegurar o direito de acesso à informação), a Lei nº 9.807/99 estabelece as medidas de proteção aplicáveis em favor de "[...] vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal [...]" (art. 1º), incluindo-se a "preservação da identidade, imagem e dados pessoais" da vítima ou testemunha (art. 7º, inc. V). Extrai-se de uma interpretação sistemática da legislação, portanto, a intenção e legalidade de garantir-se o sigilo sobre a identidade do informante colaborador de investigações policiais, sem que isso implique, determinadamente, infração ao princípio da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal) ou mesmo abuso e violação contra a intimidade, vida privada, honra e imagem do suspeito (art. 5º, inc. X). Caso em que os desdobramentos investigatórios da notitia criminis levaram a concretos indícios delitivos, de maneira que o sigilo sobre o informante referido pelo policial testemunhante se justifica. Precedentes.*

9. *Materialidade do crime de tráfico demonstrada por auto de apreensão e laudos periciais de química forense (preliminar e definitivo), os quais demonstram a apreensão de aproximadamente 283 kg (duzentos e oitenta e três quilogramas) de cocaína.*

10. *Autoria delitiva e dolo dos acusados diligente e pormenorizadamente analisados na r. sentença. O efetivo contato e a coordenação entre os réus estão comprovados pelos depoimentos testemunhais, bem como por exames periciais feitos nos aparelhos celulares apreendidos, confirmando-se a condenação pelo crime de tráfico.*

11. *Ausência de perícia sobre as mensagens constantes do aparelho celular de F. S. S. em razão da infrutuosidade do exame por circunstâncias técnicas, isto é, o bloqueio do aparelho em função de inclusão de senha incorreta. Em todo caso, na hipótese de que as mensagens contivessem provas relevantes de defesa, não haveria o réu fornecido senha inverídica para a análise de seu conteúdo. Por outro lado, a autoria delitiva está comprovada por outras provas, sendo despiçando o exame pericial em questão.*

12. *Alegação de inexigibilidade de conduta diversa apresentada pela defesa de C. P., segundo a qual teria sido sequestrado e coagido por traficantes a transportar o carregamento de droga, não acolhida. As alegações técnicas e o inconsistente depoimento judicial do réu se encontram dissociadas dos coerentes testemunhos policiais, segundo os quais o réu confessou imediatamente e sponte propria o delito.*

13. *É pacífico o entendimento jurisprudencial de que não há óbice contra a colheita de depoimentos de policiais que tenham participado da investigação do crime denunciado. Precedente.*

14. *Consumação do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 comprovado somente em relação a dois corréus, consoante exames periciais em aparelhos celulares e prova documental. Absolvição de J. C. O. M. por insuficiência de provas.*

15. *Dosimetria. Pena-base. Alegação de bis in idem, por ter sido considerada a nocividade da droga na fixação da pena-base, rechaçada. É expressa a determinação do art. 42 da Lei nº 11.343/06 de que a natureza e a quantidade da droga sejam consideradas na fixação da pena-base, de maneira que caracterizam circunstâncias destacadas do tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06. A expressiva quantidade de cocaína apreendida (283 kg) e a forma de ocultação da droga (compartimentos adrede preparados no veículo) autorizaria a fixação da pena-base além dos 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão estabelecidos na r. sentença. Contudo, à míngua de recurso do Parquet nesse ponto, mantém-se a pena tal como fixada.*

16. *Empregado o depoimento do acusado como fundamento para sua condenação, deve-se reconhecer a circunstância atenuante, mesmo em caso de prisão em flagrante ou quando são alegadas no interrogatório excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ainda que tais circunstâncias possam reduzir o valor probatório das declarações. Redução operada à razão de 1/6 (um sexto). Precedentes.*

17. *Transnacionalidade delitiva comprovada, justificando-se a exasperação da pena em 1/6 (um sexto).*

18. *Atentando-se aos mais recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal, que tem afastado as circunstâncias da natureza e quantidade de droga para a dosimetria da causa de diminuição, a fim de evitar indevido bis in idem (STF, HC 112.776 e HC 109.193), considera-se que os patamares mais benéficos para a causa de diminuição devem ser reservados a casos singulares, em que a vulnerabilidade do agente (em especial na condição de "mula") se mostra mais evidente. Por outro lado, há de se notar que, embora não possa, na grande maioria das vezes, ser considerado integrante da organização criminosa, o transportador de droga cumpre importante papel nas atividades da organização, possibilitando a distribuição da substância ilícita em regiões distantes do local de produção e, não raro, com grande concentração de pessoas. Contribui, dessa forma, para a proliferação e encarecimento da droga, possibilitando à organização criminosa auferir maiores lucros e que se fortaleça, gerando severos riscos contra a segurança pública e instituições estatais. No presente caso, desvelam as provas que o acusado atuava na condição de "mula", isto é, de mero transportador da substância ilícita e, além disso, inexistem fortes evidências de que se dedique a atividades criminosas ou mesmo que integre organização criminosa. Não obstante, não se vislumbra situação em que o réu estivesse premido por intensa necessidade para a realização do tráfico ou mesmo que beirasse excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Pelo contrário, afigura-se o caso como trivial tráfico transnacional, motivado por mero interesse econômico, desmerecedor de maior atenuação da retribuição que o patamar mínimo de 1/6 (um sexto).*

19. *Tendo em vista o reconhecimento incidenter tantum pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07 (HC 111.840/ES), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade pela prática do crime de tráfico de drogas deve ser fixado observando-se os preceitos dos artigos 12, 33 e 59 do Código Penal, conjugados ao art. 42 da Lei nº 11.343/06.*

20. *Circunstâncias agravantes de reincidência (art. 61, I, do CP) e de direção da atividade criminosa (art. 62, I, do CP) reconhecidas em relação a F. S. S. Entretanto, não se justifica a majoração da pena em 1/3 (um terço) pelas agravantes, em dissonância com a fração de 1/5 (um quinto) aplicada na pena para o crime de tráfico, sem a existência motivo concreto para a disparidade.*

21. *Ante as penas impingidas, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (art. 44, inc. I, do Código Penal).*

22. *Não merecem acolhimento os pedidos de restituição dos veículos apreendidos com os acusados no momento da prisão em flagrante, eis que foram claramente utilizados na prática delitiva, legitimando-se sua perda nos termos do art. 63 da Lei nº 11.343/06.*

23. *Subsiste a necessidade da prisão cautelar dos acusados, para garantia da ordem pública. Não obstante, a segregação cautelar deve ser adequada aos respectivos regimes iniciais fixados para o cumprimento da pena privativa de liberdade, consoante entendimento sustentado pelo c. STJ: "Esta Corte Superior orienta que há compatibilidade entre a prisão cautelar e o regime inicial semiaberto, fixado na sentença condenatória recorrível, devendo, contudo, cumprir a respectiva pena em estabelecimento prisional compatível com aquele regime" (RHC 201401750067, Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJE 27/08/2014).*

24. *Recurso ministerial não provido. Recursos de defesa parcialmente providos."*

O requerente, com fundamento no art. 621, III do Código de Processo Penal, pretende a revisão da pena imposta, sustentando, em síntese, que a pena-base foi excessivamente exasperada e que deve ser reconhecida a causa de diminuição do art. 33, §4 da Lei 11.343/06. Postula ainda a concessão da gratuidade de justiça (ID 18770592).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República manifesta-se pelo não conhecimento da presente revisão criminal e, caso conhecida, pelo seu não provimento (ID31387567).

O feito foi incluído na pauta do dia 16/05/2019. No entanto, foi adiado e levado a julgamento somente em 18 de julho de 2019 (ID83402267).

Opostos Embargos de Declaração (ID87708147) objetivando a anulação do julgamento.

Os Embargos de Declaração foram acolhidos, para anular o julgamento da Revisão Criminal, uma vez que "pautado para a sessão do dia 16/05/2019, foi adiado, até ser finalmente julgado em 18/07/2019, sem que a Defensoria Pública da União fosse intimada"

É o relatório.

À revisão.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5020207-80.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
REQUERENTE: JULIO CESAR DE OLIVEIRA MARQUES
Advogado do(a) REQUERENTE: NILTON GOMES CARDOSO - SP134583
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Do Cabimento da Revisão Criminal

Inicialmente, consigne-se que, em sede de cognição provisória e sumária, o preenchimento das hipóteses descritas nos incisos I a III do art. 621, do Código de Processo Penal, deve ser verificado com base na Teoria da Asserção, é dizer com observância do que foi alinhavado pelo requerente, sob pena de invasão do mérito da demanda.

Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

"Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, prospettazione), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor; e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.

(Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 244).

Assim, a efetiva subsunção do caso dos autos ao permissivo legal do pedido revisional (art. 621 CPP), taxativamente elencado, é questão que toca ao próprio mérito da ação, de molde que, caso infundada a pretensão de reexame do acervo probatório que ensejou a prolação da sentença condenatória, é de se decretar a improcedência da ação e não de deixar de admitir a revisão criminal.

Por outro lado, deve ser desde já ressaltado que a revisão criminal é ação penal originária que visa à desconstituição de sentença condenatória transitado em julgado, cabível em hipóteses excepcionais, quando a sentença rescindenda padece de vícios graves, que justificam o sacrifício da segurança jurídica (consubstanciada nos efeitos da coisa julgada material) em favor do valor da justiça material.

Do Mérito da Revisão Criminal

a) Exasperação da pena-base

O requerente pretende a desconstituição da penalidade aplicada, uma vez que teria sido severamente fixada. Alega que a pena-base aplicada para o crime do artigo 33 da Lei 11.343/06, foi demasiadamente exacerbada.

Observo que a exasperação da pena-base foi justificada, inicialmente, na sentença de primeiro grau, que destacou:

“No tocante à natureza da droga apreendida (cocaína), reputo que, a despeito de sua inegável nocividade para a saúde pública, tanto que proibido o seu cultivo e a sua comercialização, trata-se de substância cujo poder de destruição socpessoal e nível de dependência física e psíquica são expressivos, devendo a pena base ser aumentada por este motivo. De outra banda, com relação à quantidade de droga apreendida, entendo que esta também justifica a exasperação da pena. Isso porque a quantidade de 283 (duzentos e oitenta e três) quilos de cocaína é expressiva, já que se sobressai do tráfico ordinário, cotidiano, nos quais, via de regra, são objeto de comércio pequenas quantidades do entorpecente. Em consequência, mostra-se razoável a aplicação de uma pena maior em razão desse distanciamento das características inerentes a toda espécie de tráfico ilícito de entorpecentes envolvendo a espécie de droga em comento.

(...) estabeleço a pena-base em 8 (oito) anos 4 (quatro) meses de reclusão, sanção que considero suficiente para reprovação e prevenção do crime”

Por ocasião do Acórdão proferido nesta E. Corte, a pena foi ratificada nos seguintes termos:

“Quanto à pena-base, observa-se que a expressiva quantidade de cocaína apreendida (283 kg) e a forma de ocultação da droga (compartimentos adrede preparados no veículo) autorizaria a fixação da pena-base além dos 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão estabelecidos na r. sentença. Contudo, à míngua de recurso do Parquet nesse ponto, mantém-se a pena tal como fixada.”

Depreende-se da fundamentação colacionada que a sentença de primeiro grau, confirmada pelo Acórdão, exasperou a pena-base em razão da natureza e da quantidade da droga.

De fato, merecem valoração negativa a **natureza** e a **quantidade da substância** apreendida, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06.

No caso em tela, o réu foi preso em flagrante escoltando carregamento de 283kg de cocaína, psicotrópico de elevado efeito nocivo ao organismo dos usuários. Destarte, essas circunstâncias devem ser valoradas negativamente para exasperar a pena-base, tal como feito.

O Juízo sentenciante bem fundamentou sua decisão em exasperar a pena-base, trazendo elementos de sua convicção para considerar a natureza e a quantidade elevada de entorpecente como desfavoráveis ao réu. Destaque-se que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 expressamente ressalta a prevalência da natureza e da quantidade do entorpecente em relação às demais circunstâncias judiciais.

A gigantesca quantidade de droga apreendida denota que o tráfico em questão tinha potencial para provocar consequências severas, na medida em que a droga poderia ser disponibilizada para um número grande de usuários, o que indica a necessidade de maior rigor na aplicação da pena.

Saliente-se que a lei não especifica a quantidade mínima ou máxima a ser considerada quando da aplicação de qualquer circunstância judicial, tarefa que fica a cargo do julgador. Em outras palavras, cuida-se de juízo subjetivo do julgador, que exaspera a pena-base de acordo com seu convencimento e em função das circunstâncias judiciais consideradas.

A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

Nesse sentido, já decidiui a 1ª Seção desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO COERENTE COM AS PROVAS COLIGIDAS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE DE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE LEI NOVA MAIS BENEFÍCA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

I - A competência da Justiça Federal para julgamento da ação criminal nº 1999.61.10.001015-2 está baseada no artigo 109, IX, da Carta Magna que dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

II - Não há qualquer incoerência entre a decisão que condenou o réu e o conjunto probatório apurado nos autos. Tanto a sentença condenatória, como o Acórdão que a confirmou apreciaram, detalhadamente, as provas produzidas contra o réu.

III - A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo Juízo para avaliação das circunstâncias judiciais aplicáveis ao caso. Vale dizer que o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta.

IV - O Juízo monocrático fixou a pena base acima do mínimo legal em virtude de o réu ter praticado o delito no gozo do benefício da suspensão condicional de outro processo, fato denotativo de sua má personalidade. Não há, portanto, que se pretender em sede revisional a redução da pena para o mínimo legal.

V - A aplicação da majorante do artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76 foi expressamente fundamentada pela decisão que condenou o réu. Não há qualquer nulidade na dosimetria da pena por falta de fundamentação.

VI - A aplicação da lei nova na parte favorável ao réu cabe ao Juízo da Execução.

VII - Vedação à progressão de regime afastada, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do STF.

VIII - Revisão criminal parcialmente procedente para afastar a vedação à progressão de regime" (RVC 0000106-59.2008.4.03.0000 - Rel. Des. Fed. Cecília Mello - e-DJF3 14/10/2011).

Assim, não verifico ilegalidade que autorize a redução da pena nesta via quanto a estes aspectos.

b) Causa de diminuição do §4 da Lei 11.343/06

A causa de diminuição foi afastada no Acórdão impugnado em razão do “*estrito vínculo do acusado com organização criminosa*”. A mesma justificativa foi usada na sentença para afastar a benesse pretendida.

Não há sustentação fático-jurídica para o pedido de reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que o órgão fracionário reconheceu que o réu integrava organização criminosa.

O réu foi preso em flagrante quando, junto com o corréu Edvaldo Rodrigo Batista, escoltava o caminhão, conduzido pelo corréu Cláudio Panaro, e carregado com aproximadamente 283 kg (duzentos e oitenta e três quilogramas) de cocaína. Na ocasião, verificou-se que JULIO CESAR e Edvaldo mantinham contato telefônico com o corréu Felipe dos Santos Silva (vulgo Barcelona), que os orientava.

Não prospera a alegação do requerente de que, absolvido do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/06), deveria ser reconhecida a minorante. Isso porque o crime de associação para o tráfico exige a presença de duas ou mais pessoas *com animus associativo* (elemento subjetivo) agrupadas de forma estável e permanente voltadas para a prática dos delitos previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da referida Lei de Drogas. O reconhecimento da minorante, por sua vez, exige que o agente seja primário, possua bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Assim, tratam-se de critérios diferentes.

No caso, o acórdão, absolveu Júlio César de Oliveira Marques do crime do art. 35 da Lei 11.343/06 por entender que não restou comprovado o vínculo de estabilidade e permanência entre ele e os demais acusados, o que não impede o afastamento da minorante por entendermos julgadores que ele, com estreita relação com os corréus, tenha integrado a organização criminosa.

Destaque-se ainda que o réu foi a pessoa de confiança do proprietário da droga, especialmente designado para escoltar o caminhão com a valiosa carga, o que indica sua integração ao bando criminoso e impede o reconhecimento da causa de diminuição.

A jurisprudência desta E. Corte Regional é pacífica na matéria:

"PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. **TRÁFICO** INTERNACIONAL DE DROGAS. LEI N.º 11.343/2006. ASSOCIAÇÃO PARA O **TRÁFICO**. DELITO CONFIGURADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, III, DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE DA **CAUSA DE DIMINUIÇÃO** DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. Artigo 33, da Lei nº 11.343/06. As circunstâncias nas quais foi realizada a apreensão do entorpecente, aliadas à prova oral colhida, tanto na fase policial como judicial, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade dos acusados, fato incontroverso no presente caso. 2. Mantida a condenação dos réus no que tange ao crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, pois as provas coligidas nos autos permitem concluir que eles estavam associados para o **tráfico** de drogas, em nível de organização e estabilidade acima de uma simples coautoria. 3. Na primeira fase de fixação da pena do delito previsto no artigo 33, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar; o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar. 4. In casu, apesar da quantidade e da qualidade do entorpecente apreendido (6 tijolos de 1 quilo de cocaína com DRAGAN SVJETLANOVIC; 5 tijolos de 1 quilo de cocaína com JERNEJ CERAR GODEC; 5,5 tijolos de 1 quilo de cocaína com SEBASTIJAN PIPENBAHER; 5 tijolos de 1 quilo com DRAGAN BATIC; e 5 tijolos de 1 quilo de cocaína com JAKA CAMPA), a pena-base não pode ser exasperada, ante a ausência de recurso da acusação e, em face do princípio da non reformatio in pejus. Pena-base mantida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 5. Na segunda fase da dosimetria da pena, a despeito de ser reconhecida ou não a atenuante da confissão, a reprimenda não pode ser fixada abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231, do STJ. Pena mantida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 6. A **causa de diminuição** do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas não incide na hipótese dos autos. As peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação dessa benesse, pois permitem antever a integração dos apelantes à organização criminosa ou dedicação à criminalidade. 7. Há elementos sólidos de serem os réus integrantes de uma organização criminosa com elevado grau de organização, cujo objetivo era transportar entorpecente, com grande valor de mercado, tendo como destino final a Europa. 8. Afastamento da causa de aumento de pena do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, referente ao **tráfico** de drogas cometido em transporte público. 9. O simples embarcar daquele que comete o delito em transporte público, com o fim de entregar o entorpecente ao destino final, não gera uma ameaça real à saúde ou segurança dos demais passageiros, não sendo o caso, por isso, de fazer incidir a causa de aumento. 10. A majorante prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, aplica-se ao **tráfico** com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando esteja em vias de ser exportado. Portanto, é evidente, in casu, a tipificação do **tráfico** internacional de entorpecentes. A droga foi adquirida em Ilhabela/SP, com origem na Bolívia/SP, utilizando-se de navio com origem e destino final em Buenos Aires, sendo a Europa o destino final do entorpecente. 11. A causa de aumento da internacionalidade do delito deve ser aplicada apenas à razão de 1/6, do que resulta pena definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. 12. Mantido o montante de 500 (quinhentos) dias-multa, em face do non reformatio in pejus. 13. No tocante ao delito de associação para o **tráfico**, resta afastada a causa de aumento do artigo 40, III, da Lei de Drogas, sendo a pena definitivamente fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. A pena de multa fica mantida em 700 (setecentos) dias-multa. 14. Em virtude da pena cominada aos acusados, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, do Código Penal. 15. Manutenção do regime inicial fechado. 16. Recurso da defesa parcialmente provido. 17. Sentença reformada."

(ACR 00002259820154036135, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/11/2016..FONTE_REPUBLICACAO.);

Consoante já afirmado, a alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o escopo de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo acerca das provas de que o condenado integrou a organização criminosa, em sentido diverso daquele manifestado pelo Órgão Colegiado.

Por fim, defiro o pedido de gratuidade da justiça.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido revisional.

É o voto.

EMENTA

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 621 INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA. PENA FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DO JUÍZO. ALTERAÇÃO EM SEDE REVISIONAL. NÃO CABIMENTO. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. A alteração da reprimenda em sede de Revisão Criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de Revisão Criminal com o escopo de obter dos membros do Tribunal um juízo subjetivo das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas diverso do juízo manifestado pelo Magistrado "a quo" e pelo Órgão Colegiado.

2. A revisão criminal não se presta para reavaliar os critérios subjetivos utilizados pelo magistrado, ao fazer a dosagem da pena, dentro dos limites previstos em lei. O pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta, o que não se verifica nos autos.

3. Valoração negativa da quantidade e da natureza da droga. A grande quantidade de cocaína apreendida denota que o tráfico em questão tinha potencial para provocar consequências severas, na medida em que a droga poderia ser disponibilizada para um número gigantesco de usuários, o que indica a necessidade de maior rigor na aplicação da pena.

4. Não há sustentação fático-jurídica para o pedido de reconhecimento da incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que o órgão fracionário reconheceu que o réu integrava a organização criminosa ao tempo dos fatos.

5. Concedida a gratuidade da justiça.

6. Pedido revisional julgado improcedente.

ACÓRDÃO

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

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5020134-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE: DORIVAL JACINTO RIBEIRO
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5020134-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE: DORIVAL JACINTO RIBEIRO

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal proposta por Dorival Jacinto Ribeiro, condenado nos autos da Ação Penal n. 0003226-71.2017.4.03.6119 às penas de 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 1.283 (um mil, duzentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 33, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06 (Id. n. 87577991 - págs. 8/13 e Id. n. 87577993 – págs. 1/7).

A Defensoria Pública da União apresentou razões, alegando, em resumo, o quanto segue:

- a) o aumento da pena-base deu-se de forma desproporcional, devendo ser fixada no mínimo legal;
- b) incide a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua fração máxima, pois não há qualquer prova de que se dedique às atividades criminosas (Id. n. 100837645).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Álvaro Luiz de Mattos Stipp, manifestou-se pela improcedência do pedido revisional (Id. n. 102679073).

Encaminhem-se os autos ao revisor, nos termos regimentais.

É o relatório.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5020134-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE: DORIVAL JACINTO RIBEIRO
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O requerente foi sentenciado a cumprir as penas de 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 1.283 (um mil, duzentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 33, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06 (Id. n. 87577991 - págs. 8/13 e Id. n. 87577993 – págs. 1/7).

O requerente interpôs apelação pleiteando, em síntese, a fixação da pena-base no mínimo legal, a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua fração máxima, e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso.

A Décima Primeira Turma deste Tribunal, em 24.04.18, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso da defesa, para diminuir a pena-base, ficando a pena definitiva fixada em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa (Id. n. 87577993 - págs. 9/16).

O trânsito em julgado do acórdão ocorreu em 04.06.18 (Id. n. 95565884 - pág. 95).

O requerente pede a revisão da dosimetria penal.

Pena-base. Revisão. Conformidade com a prova. Limites legais. Inadmissibilidade. O art. 59 do Código Penal institui as circunstâncias judiciais a serem consideradas para a determinação da pena-base. Ao juiz cabe concretizar a pena segundo aqueles critérios, que são significativamente abrangentes e permitem o exercício de uma certa prudência judicial na avaliação das circunstâncias do delito e dos aspectos subjetivos do acusado. Sendo assim, o redimensionamento da pena-base na revisão criminal deve ser admitida com alguma cautela, somente sendo admitida na hipótese de flagrante e injusta ilegalidade. Nesse sentido, colhe-se de voto da Eminente Des. Fed. Ramza Tartuce que conclui "pela inviabilidade do uso da revisão criminal para a modificação da dosimetria da pena acobertada pela coisa julgada, quando esta se mostra dentro dos limites legais e conforme a prova dos autos" (1ª Seção, RVCr 200803000229012, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 15.04.10). Assim, a mera circunstância de não ter sido observado o critério trifásico não enseja a fortiori a revisão da dosimetria (1ª Seção, RVCr n. 200503000692422, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, maioria, j. 15.04.10).

Do caso dos autos. Em relação à dosimetria de pena, a Décima Primeira Turma deste Tribunal deu parcial provimento ao recurso da defesa para reduzir a pena-base, porém fixando-a acima do mínimo legal, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida, da seguinte forma:

Na primeira fase, o juízo a quo fixou a pena-base em 11 (onze) anos de reclusão e 1.100 (mil e cem) dias-multa, levando em conta as circunstâncias e consequências do crime relacionadas à quantidade e à natureza da droga apreendida com o acusado (15.818 g de cocaína - massa líquida).

O apelante pede a redução da pena-base para o mínimo legal, porém sem razão. Com efeito, as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis, pois a culpabilidade é normal à espécie, não possui maus antecedentes e não há elementos que retratem sua conduta social e personalidade, além do que nada há para ser ponderado sobre os motivos do crime e suas consequências, até porque a droga foi apreendida. Contudo, a natureza e a quantidade da droga apreendida são circunstâncias preponderantes (art. 42 da Lei nº 11.343/2006) que justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Considerando-se a jurisprudência das Turmas da Quarta Seção deste Tribunal para casos análogos, no entanto, a pena-base fixada pelo juízo ficou um pouco elevada, de modo que procede em parte o recurso da defesa, neste ponto, pelo que reduzo a pena-base para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa. (Id. n. 87577993 - pág. 13).

Trata-se de fundamentação satisfatória, à míngua de demonstração de sua ilegalidade ou contrariedade em relação ao conjunto probatório.

Na primeira fase, a natureza e a quantidade da droga são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada ao crime de tráfico, conforme expressa previsão legal no art. 42 da Lei n. 11.343/06.

No caso dos autos, a significativa quantidade de substância entorpecente relacionada ao fato (15.818g) e a natureza da droga (cocaína) não são circunstâncias elementares do tipo penal, de modo que, observado o disposto no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, a exasperação da pena-base deu-se de forma proporcional.

Tampouco há reparos à terceira fase da dosimetria.

A Décima Primeira Turma deste Tribunal manteve o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, nos seguintes termos:

O juízo de origem afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que o réu, embora seja tecnicamente primário, ostenta apontamentos criminais e há prova nos autos de que integra organização criminosa voltada ao tráfico de drogas. A defesa, porém, pede a aplicação dessa minorante no patamar máximo.

De acordo com essa norma, as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa, devendo esses quatro requisitos concorrer cumulativamente para que a minorante seja aplicada.

No caso, o pedido deve ser rejeitado.

Como bem explicitado na sentença (fls. 213), para fins de aplicação da minorante, o réu integra organização criminosa voltada à prática do crime de tráfico transnacional de drogas. Confirma-se a seguinte passagem:

Com efeito, o documento migratório do acusado revela que meses antes embarcou para o mesmo destino tratado nos autos, tendo ficado na África do Sul por cerca de 10 dias.

Conforme informado pelo próprio réu, viajou com Jomba (o mesmo nigeriano que entregou a droga tratada nos presentes autos), tendo este pago sua passagem de ida e tendo contratado, novamente, para fazer a viagem que somente não se consumou graças a uma atuação diligente e eficiente da polícia federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos.

Tal declaração permite concluir que o acusado se associou a pessoas envolvidas em rede mundial de distribuição de entorpecentes, pressupondo gozar de confiança dessa organização. (destaquei).

Assim sendo, a pena definitiva fica fixada em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa. (Id. n. 87577993 - págs. 14/15).

Demonstrado que o acusado integrava organização criminosa, correta a não incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido de revisão criminal.

É o voto.

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REVISÃO. CONFORMIDADE COM A PROVA. LIMITES LEGAIS. INADMISSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

1. O art. 59 do Código Penal institui as circunstâncias judiciais a serem consideradas para a determinação da pena-base. Ao juiz cabe concretizar a pena segundo aqueles critérios, que são significativamente abrangentes e permitem o exercício de uma certa prudência judicial na avaliação das circunstâncias do delito e dos aspectos subjetivos do acusado. Sendo assim, o redimensionamento da pena-base na revisão criminal deve ser admitida com alguma cautela, somente sendo admitida na hipótese de flagrante e injusta ilegalidade. Nesse sentido, colhe-se de voto da Eminente Des. Fed. Ramza Tartuce que conclui "pela inviabilidade do uso da revisão criminal para a modificação da dosimetria da pena acobertada pela coisa julgada, quando esta se mostra dentro dos limites legais e conforme a prova dos autos" (1ª Seção, RVCr 200803000229012, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 15.04.10). Assim, a mera circunstância de não ter sido observado o critério trifásico não enseja a fortiori a revisão da dosimetria (1ª Seção, RVCr n. 200503000692422, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, maioria, j. 15.04.10).

2. A significativa quantidade de substância entorpecente relacionada ao fato (15.818g) e a natureza da droga (cocaína) não são circunstâncias elementares do tipo penal, de modo que, observado o disposto no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/06, a exasperação da pena-base deu-se de forma proporcional.

3. Demonstrado que o acusado integrava organização criminosa, correta a não incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

4. Revisão criminal improcedente.

ACÓRDÃO

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

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5017807-59.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: TOCHUKWU STANLEY OBASI
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5017807-59.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: TOCHUKWU STANLEY OBASI

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de REVISÃO CRIMINAL ajuizada por TOCHUKWU STANLEY OBASI, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, em face do v. acórdão proferido pela Décima Primeira Turma, que, nos autos da Apelação Criminal nº 0011739-62.2016.4.03.611, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para absolvê-lo da imputação pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, reduzir a pena-base do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, I, ambos da Lei de Drogas, e fixar a fração de atenuação pela confissão espontânea em 1/6 (um sexto), resultando a pena definitiva em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (ID 87245267).

Segundo a denúncia, no dia 22 de outubro de 2016, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo (Guarulhos), Anthony Chigozie Agbim, TOCHUKWU STANLEY OBASI, Ifeanyi Thomas Eke, Morris Chukwuka Ndukwe, Loyal Chuks Gabriel e Anthony Emeka Igbokwe, atuando em concurso de pessoas, caracterizado pela unidade de desígnios e distribuição de tarefas para obtenção de finalidade comum, prestes a embarcarem no voo ET507 da companhia aérea Ethiopian, com destino a Addis Ababa/Etiópia, transportavam, traziam consigo e guardavam, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma de consumo a terceiros no exterior, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares, 15. 913 g (quinze mil, novecentos e treze gramas) de cocaína, acondicionadas de forma oculta em bagagens de mão (ID 87245263).

O v. acórdão transitou em julgado em 15.10.2018 (ID 87245269).

Na presente Revisão Criminal, em seu arrazoado (ID 79928733), a defesa pretende a redução da pena-base e a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela extinção sem julgamento do mérito da revisão criminal e, subsidiariamente, no mérito, pela sua improcedência (ID 91646243).

É O RELATÓRIO.

À Revisão, na forma regimental.

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do Cabimento da Revisão Criminal.

Consoante reiteradas decisões deste Tribunal (v.g. RVC 00272252420104030000, Márcio Mesquita, E-DJF3 Judicial 1 Data:16.07.2013; RVC 00122644420114030000, Cotrim Guimarães, E-DJF3 Judicial 1 Data:20.12.2012; RVC 00063749020124030000, Cecília Mello, E-DJF3 Judicial 1 Data: 29.04.2013), a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

Nessa ordem de ideias, considerando que para o conhecimento da revisão criminal basta a mera afirmação de que está ou estão presentes uma ou mais hipóteses de cabimento previstas em cada um dos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, conhecimento do presente pedido revisional, eis que a efetiva ocorrência das referidas hipóteses é matéria reservada ao mérito da ação.

Do Mérito da Revisão Criminal. Inicialmente, insta consignar que na ação penal originária nº 0011739-62.2016.4.03.6119, o requerente foi denunciado como incurso nos artigos 33, caput, c/c artigo 40, I, e 35, todos da Lei de Drogas.

Segundo a denúncia, no dia 22 de outubro de 2016, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo (Guarulhos), Anthony Chigozie Agbin, TOCHUKWU STANLEY OBASI, Ifeanyi Thomas Eke, Morris Chukwuka Ndukwe, Loyal Chuks Gabriel e Anthony Emeka Igbokwe, atuando em concurso de pessoas, caracterizado pela unidade de desígnios e distribuição de tarefas para obtenção de finalidade comum, prestes a embarcarem no voo ET507 da companhia aérea Ethiopian, com destino a Addis Ababa/Etiópia, transportavam, traziam consigo e guardavam, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma de consumo a terceiros no exterior, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares, 15.913 g (quinze mil, novecentos e treze gramas) de cocaína, acondicionadas de forma oculta em bagagens de mão.

Consta, ainda, que, entre data ainda não especificada nos autos até 22 de outubro de 2016, nos municípios de São Paulo e Guarulhos, Anthony Chigozie Agbin, TOCHUKWU STANLEY OBASI, Ifeanyi Thomas Eke, Morris Chukwuka Ndukwe, Loyal Chuks Gabriel e Anthony Emeka Igbokwe associaram-se, de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico internacional de drogas.

Após regular instrução processual, sobreveio sentença condenatória.

Houve a interposição de recurso de apelação pelo requerente e a Décima Primeira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para absolver TOCHUKWU STANLEY OBASI da imputação pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, reduzir a pena-base do crime previsto no art. 33, caput, c.c. o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, e fixar a fração de atenuação pela confissão espontânea em 1/6 (um sexto), ficando a pena definitiva do acusado fixada em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 729 (setecentos e vinte e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O v. acórdão transitou em julgado em 15.10.2018.

Da dosimetria da pena.

Na presente Revisão Criminal, a defesa pretende a redução da pena-base e a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Cumprido ponderar que, em sede de revisão criminal, é inadmissível alterar a pena imposta de acordo com os parâmetros legais. Somente em casos excepcionais, em que manifesta a injustiça ou a violação às normas de regência, poderá ser atendido o pedido revisional, não se mostrando a revisão criminal a via adequada à simples reapreciação dos critérios da individualização da pena.

Corroborando a conclusão supra, confirmam-se as seguintes ementas:

"PENAL - REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - HIPÓTESES - INOCORRÊNCIA - PRETENSÃO REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS ANALISADAS EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS - PENA FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS - REVISÃO IMPROCEDENTE. 1. O pedido revisional intenta reapreciação de dosimetria da pena exaustivamente analisada e fundamentada na sentença e apelação e que não veio a ser refutada por provas novas, a teor dos pressupostos elencados no art. 621, do Código de Processo Penal. 2. A alteração da reprimenda em sede de revisão criminal só se justifica se foi praticada contra o "texto expresso da lei". Não há espaço para uso de revisão criminal com o fito de obter dos membros do Tribunal um juízo de valor que seja diverso do juízo manifestado pelo Magistrado "a quo" ou pelo Órgão Colegiado. 3. revisão improcedente." (RVC 00110464420124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01.03.2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

" REVISÃO CRIMINAL . ART. 168-A DO CP. PROVA NOVA. ABSOLVIÇÕES POSTERIORES. MESMOS CRIMES. PERÍODOS DISTINTOS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. RECURSO IMPROVIDO. - Dissídio jurisprudencial e decisões judiciais em sentidos opostos não constituem prova nova apta a fundamentar pedido de revisão criminal . - Não há falar em teorias garantistas e prevalência das sentenças absolutórias sobre as condenatórias. - As penas fixadas na sentença e confirmadas no Tribunal, baseiam-se nos parâmetros legais e foram dosadas conforme acurado exame do juízo, em obediência aos termos do artigo 68 e seguintes do Código Penal. Pretender que as mesmas já seriam suficientes, segundo análise subjetiva do requerente, não se revela um argumento técnico e, nem mesmo, jurídico. Pretender que novamente se analise as provas das dificuldades financeiras e a existência de documentos que comprovem a inexigibilidade de conduta diversa é matéria estranha à via da revisão criminal , conforme jurisprudência." (RVCR 200404010515725, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, DJ 21/06/2006 PÁGINA: 236.)

No caso dos autos, a pena-base do requerente foi reduzida no v. acórdão, nos seguintes termos:

"Na primeira fase da dosimetria, o juízo a quo fixou a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão, acima do mínimo legal, levando em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida (15.913g de cocaína), e por considerar desfavoráveis aos acusados as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, relativas à conduta social e à culpabilidade.

A culpabilidade, no entanto, é normal para a espécie, sendo comum a droga ser escondida pelas pessoas contratadas para o seu transporte. Do mesmo modo, o preço pago ou o lucro dos traficantes são circunstâncias insitas ao próprio tipo penal, de modo que não justificam a exasperação da pena-base.

O conceito de conduta social refere-se ao comportamento do réu em sociedade e como nela ele se insere, principalmente antes do cometimento do delito. No caso, não foram coletados dados concretos que permitissem valorar tais conceitos em prejuízo dos acusados.

Assim, considerando a jurisprudência das Turmas da Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal para casos análogos e que as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal não são desfavoráveis aos acusados, reduzo a pena-base para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa."

Importante mencionar que, na primeira fase da dosimetria da pena, além das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado preponderantemente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, o grau de reprovabilidade da conduta, aferido pela nocividade e quantidade de tóxico que se buscou transportar, o que indicará se a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal, ou acima desse patamar.

Nesse sentido, a jurisprudência a seguir:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE "MULA". PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. 2. Reconhecido pelo Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, que o agravante integra organização criminosa voltada ao comércio de drogas, inviável a aplicação da minorante, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. O agente transportador de drogas, na qualidade de "mula" do tráfico, integra organização criminosa, não fazendo jus, portanto, à causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 634.411/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

In casu, verifica-se que não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida, haja vista que o aumento empreendido à pena-base está devidamente fundamentado na quantidade do entorpecente apreendido - quase 16 Kg de cocaína, que, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/06, prepondera sobre as demais circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, legitimando, dessarte, o aumento empreendido.

Ademais, a inaplicabilidade da causa de diminuição já foi objeto de análise em sede de apelação. Confira-se:

"O juízo a quo, corretamente, afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que os acusados se dedicavam a atividades criminosas e, portanto, não fariam jus à minorante.

De acordo com a norma acima citada, as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Saliente-se que esses quatro requisitos devem concorrer cumulativamente para que a minorante seja aplicada.

A propósito, os passaportes dos acusados e as certidões de movimentos migratórios (fls. 112/114, 126/128, 136/138, 146,148, 162/166 e 182/185) indicam que eles estiveram em diversas oportunidades viajando entre o Brasil e o exterior. Ora, não é crível que pessoas desempregadas, detentoras de módicos rendimentos, tivessem condições financeiras para empreender viagens internacionais como essas, ainda mais em tão curto período.

Também não é crível que narcotraficantes transnacionais correriam o risco de promover tudo o quanto necessário para o transporte de expressiva quantidade de cocaína (quase de 16 kg), acondicionada em fundos falsos da mala, entregando seu sucesso nas mãos de um "marinheiro de primeira viagem".

Com efeito, o legislador, ao prever no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 que o condenado por tráfico de drogas não faria jus à diminuição da sua pena quando integrasse organização criminosa, não trouxe lacuna a ser suprida por outra lei, nem estipulou ser necessária a comprovação da existência de tal organização especificamente. A intenção foi permitir ao Poder Judiciário que proceda à análise, em cada caso concreto, acerca da participação a uma certa estrutura dirigida à traficância, sem que isso signifique, em absoluto, necessidade de conformação aos requisitos trazidos pela Lei nº 12.850/2013. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. OMISSÕES. REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 À LUZ DA LEI Nº 12.850/2013. 1 - Embargos de declaração opostos com fundamento em omissão do acórdão que apreciou recurso de apelação criminal. (...) 4 - Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. A Lei nº 12.850/2013 ao definir expressamente o crime de organização criminosa não teve por fim integrar a Lei nº 11.343/2006. 5 - Não foi a pretensão do legislador, ao estabelecer a referida causa de redução da pena, criar uma norma penal em branco, que exigisse sua integração por outra norma e que esse complemento somente teria vindo à lume com a Lei nº 12.850/2013. 6 - Embargos de declaração rejeitados. (ED na ACR nº 0010386-26.2012.4.03.6119/SP, Quinta Turma, v.u., Rel. Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira, j. 01.12.2014, DJe 16.12.2014)

Há, de fato, controvérsia sobre o grau de estabilidade e dessa participação no grupo criminoso, para que o envolvimento justifique a negativa da diminuição. Porém, a turma analisou de forma coerente o acervo probatório e fundamentou suficientemente o afastamento da minorante de acordo com a sua interpretação das circunstâncias concretas e específicas do caso.

Com efeito, a análise realizada está de acordo com os elementos constantes dos autos originários, inexistindo qualquer reparo a ser realizado.

Nessa ordem de ideias, e considerando que, como cediço, "o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta" (TRF3: RVC 00269908620124030000, Primeira Seção, Rel. José Lunardelli, j. 21.03.2013), não há como anuir com a pretensão do requerente.

Ante os fatos apontados, resta claro que a reprimenda imposta ao revisionando resultou da razoável interpretação das provas e da legislação vigente, não sendo possível sua reforma por meio da presente revisão criminal. Além disso, o não reconhecimento da incidência da causa de aumento já foi objeto de análise pelo magistrado de primeiro grau e também quando do julgamento do apelo interposto, inexistindo qualquer contrariedade à prova dos autos a ser reconhecida.

Ante o exposto, **julgo improcedente a revisão criminal**, mantendo o acórdão impugnado em sua integralidade.

É o voto.

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. CONFORMIDADE COM A PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL.

1. Consoante reiteradas decisões deste Tribunal, a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

2. Em sede revisional, a defesa requereu a redução da pena-base e a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

3. Cumpre ponderar que, em sede de revisão criminal, é inadmissível alterar a pena imposta de acordo com os parâmetros legais. Somente em casos excepcionais, em que manifesta a injustiça ou a violação às normas de regência, poderá ser atendido o pedido revisional, não se mostrando a revisão criminal a via adequada à simples reapreciação dos critérios da individualização da pena.

4. In casu, verifica-se que não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida, haja vista que o aumento empreendido à pena-base está devidamente fundamentado na quantidade do entorpecente apreendido - quase 16 Kg de cocaína, que, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/06, prepondera sobre as demais circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, legitimando, dessarte, o aumento empreendido. Ademais, a inaplicabilidade da causa de diminuição já foi objeto de análise em sede de apelação, sendo que está de acordo com os elementos constantes dos autos originários, inexistindo qualquer reparo a ser realizado.

5. Nessa ordem de ideias, e considerando que, como cediço, "o pedido de revisão criminal não admite ampla revisão da pena aplicada, que nesta sede processual só pode ser modificada em caso de erro técnico ou de injustiça manifesta" (TRF3: RVC 00269908620124030000, Primeira Seção, Rel. José Lunardelli, j. 21.03.2013), não há como anuir com a pretensão do requerente.

6. Ante os fatos apontados, resta claro que a reprimenda imposta ao revisionando resultou da razoável interpretação das provas e da legislação vigente, não sendo possível sua reforma por meio da presente revisão criminal. Outrossim, o não reconhecimento da incidência da causa de aumento já foi objeto de análise pelo magistrado de primeiro grau e também quando do julgamento do apelo interposto, inexistindo qualquer contrariedade à prova dos autos a ser reconhecida.

7. Revisão criminal improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente a revisão criminal, mantendo o acórdão impugnado em sua integralidade, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5021553-32.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE: BERNARDO ANDRES GOMEZ CRISTALDO

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL(428) Nº 5021553-32.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
REQUERENTE: BERNARDO ANDRES GOMEZ CRISTALDO

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal proposta por Bernardo Andres Gomes Cristaldo com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal para redução da pena de 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa, pela prática do delito do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06, com redução proporcional dos dias-multa.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) aumento desproporcional da pena aplicada em sede recursal nos Autos n. 2016.61.25.000776-6;
- b) a quantidade e a qualidade da substância entorpecente encontrada em poder do revisionando não justificam a majoração da pena-base em 2/3 (dois terços) acima do mínimo legal;
- b) devem ser ponderadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, as quais são favoráveis ao revisionando, que é primário e não tem antecedentes criminais, sendo comuns à espécie delitiva a culpabilidade e as consequências do crime;
- c) para o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, pois não é suficiente a prática de 1 (um) ou 2 (dois) crimes, mas que diversos atos ilícitos sejam periodicamente cometidos, o que não ocorreu no caso dos autos;
- d) a participação eventual em organização criminosa não é elemento suficiente para a não incidência da causa de diminuição de pena;
- e) desproporcionalidade na fixação dos dias-multa (Id n. 89909952).

O trânsito em julgado ocorreu em 27.04.17 (Id n. 89909955).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela improcedência da revisão criminal (Id n. 92182470).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao revisor, nos termos regimentais.

VOTO

O Juízo *a quo* condenou Bernardo Andres Gomes Cristaldo pela prática do delito do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei 11.343/06, à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo valor unitário legal. Os demais réus foram absolvidos, com fulcro no art. 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal. Os corréus foram absolvidos nos termos do art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal. Decretado o perdimento do veículo Mitsubishi/Outlander, placas FLU-1636, em favor da União Federal. Determinou-se, ainda, a expedição de ofício ao Ministério da Justiça, para início do processo administrativo de expulsão do estrangeiro condenado.

O Ministério Público Federal e Allianz Seguros S/A, na condição de terceira interessada, interpuseram apelação.

Em 28.03.17, a 11ª Turma do Tribunal, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para, “mantendo a condenação do réu pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/06, majorar a pena-base e afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, restando a pena definitiva fixada em 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa, tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos”. A apelação interposta por *Allianz Seguros S/A* foi provida “para afastar a decretação de perdimento do veículo Mitsubishi/Outlander de placas FLU-1636 (originalmente, OQJ-0912), e determinar sua liberação em favor da referida apelante”.

No que diz respeito à dosimetria da pena, afirmou-se em sede recursal o seguinte:

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal na sentença recorrida: cinco anos de reclusão, e quinhentos dias-multa. Requer o Ministério Público Federal a majoração da pena-base, tendo em vista a quantidade de entorpecentes apreendidos. Assiste razão ao órgão recorrente.

Isso porque a quantidade da droga, assim como sua natureza, são circunstâncias que, assim como as demais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06, devem ser tomadas como preponderantes em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal. A quantidade de droga apreendida (166,892 Kg de maconha) denota que o tráfico em questão tinha potencial para provocar consequências mais severas, na medida em que a droga poderia ser disponibilizada para um número gigantesco de usuários; seria, também, capaz de alimentar grandes redes de revenda de drogas e causar dano à saúde de imenso número de pessoas. Portanto, em obediência ao comando insculpido no art. 42 da Lei 11.343/06, e tendo em vista a quantidade de entorpecentes transportados pelo réu, que foge em muito ao ordinário para a prática delitativa em questão, bem como ante o fato de que inexistem outras circunstâncias relevantes no caso dos autos, deve a pena-base ser estabelecida em patamar dois terços superior ao mínimo legal: oito anos e quatro meses de reclusão, e oitocentos e trinta e três dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, requer o MPF o reconhecimento de incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal. Sem razão, todavia.

Com efeito, entendo que o intuito de obter proveito econômico não pode ser considerado em desfavor do acusado, em nenhuma das etapas da dosimetria, por ser absolutamente comum ao crime de entorpecentes.

O pagamento ou promessa de recompensa é uma circunstância ordinária na prática desse crime, ocorrendo na quase totalidade dos casos de sua prática e constituindo a própria regra (entendido tal termo no sentido empírico) em tais condutas, já considerada, pois, no próprio estabelecimento abstrato do preceito secundário do tipo, na primeira etapa do processo jurídico de individualização da pena (etapa legislativa). Mostra-se, portanto, indevida a incidência da agravante com base nesse argumento.

Avalio, em suma, que a incidência da agravante prevista no artigo 62, inciso IV, do Código Penal, justifica-se nas hipóteses em que o intuito de lucro não é absolutamente ordinário ou inerente ao tipo penal.

Em situações análogas, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu (...).

Por tais razões, rejeito o pleito recursal, e, tendo em vista a inexistência de outras agravantes ou de atenuantes, mantenho a pena nesta segunda etapa da dosimetria.

Na terceira fase da dosimetria, incide a causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/06, o que é incontroverso, dado o claro caráter transnacional do delito (entorpecentes trazidos do Paraguai pelo réu). Pugna o MPF pelo reconhecimento da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06. Carece de razão o recorrente.

Presente a causa de aumento referente à transnacionalidade do delito não se aplica, na hipótese, a causa de aumento descrita no inciso V, do artigo 40, da Lei 11.343/06, a ensejar eventual concurso ou consideração de tal majorante.

É que a causa de aumento referente à interestadualidade do delito só é aplicável quando a droga tenha origem em um Estado da Federação e haja a intenção do agente de transportá-la para o território de um ou mais estados diferentes, não incidindo a majorante quando o intuito é importá-la ou exportá-la, ainda que, para tanto, seja necessário adentrar nos territórios de distintas unidades da federação, como é a hipótese dos autos.

É digno de nota que não se cogita aplicar tal causa de aumento se o agente transporta a droga em voo que sobrevoa diversos estados da federação até chegar ao seu destino final, assim o simples fato de transportá-la por via terrestre não pode servir de pálio para aplicar a referida causa de aumento.

Nesse sentido já decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (...).

Portanto, não deve ser aplicada, neste caso, a causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/06.

Assim, resta mantida somente a majoração da pena em decorrência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06 (transnacionalidade do delito), no percentual mínimo de 1/6 (um sexto).

Em primeiro grau, foi aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. O Ministério Público Federal requer a exclusão da minorante, alegando que o condenado agiu em benefício de organização criminosa; também, que não seria crível que tamanha quantidade de entorpecente lhe fosse confiada "sem que houvesse vínculo agudo entre ele e a organização criminosa que articulou a sua vinda ao Brasil" (fl. 403). O recurso deve ser provido no ponto, mas apenas devido ao segundo fundamento destacado.

Por primeiro, anoto que, para reconhecimento de que um réu "integra organização criminosa", deve haver elementos que indiquem vínculo mínimo com ela, como conhecimento a respeito da organização de que participa, bem como um mínimo de estabilidade nessa relação de participação, de maneira a que se constate uma relação efetiva de pertencimento a um grupo criminoso. Não basta que o réu seja contratado de maneira eventual, sem nem sequer saber exatamente por quem (conhecendo apenas, por óbvio, seu contato direto, mas não quais seriam as ligações, parceiros ou chefias deste último em esquema delitivo).

Não se está aqui, é claro, a dizer que o pertencimento a organização criminosa exige amplíssimo grau de conhecimento a respeito desta, nem qualquer parcela de domínio ou comando global sobre suas atividades, seja material, seja intelectualmente. Por certo, um subordinado em organização criminosa, com atribuições exclusivamente operacionais e sem qualquer comando sobre um braço dela, é, sim, uma sua parte. Porém, se o envolvimento de uma pessoa é absolutamente eventual e específico, e ademais, se nem sequer sabe se está a serviço de quadrilha pequena, de braço de quadrilha, de grupo de quadrilhas eventualmente associadas, entre outras tantas hipóteses no universo fático das organizações criminosas em sentido amplo, não se pode reconhecer a "integração" (incorporação) do acusado a uma tal estrutura. Em síntese: da mera contratação por organização ou por um seu membro não se depreende o pertencimento do contratado ao grupo criminoso ou sua integração a ele.

Ainda no que toca ao tema, é evidente que organizações podem possuir um núcleo estável e se utilizarem de diversas "contratações" ou cooptações pontuais para tarefas operacionais específicas. Tomadas em seu conjunto, essas atividades exercidas por "contratados" pontuais/eventuais são de grande relevância à organização. No entanto, o requisito legal para incidência da causa de diminuição não é o de "não ter participado de parcela de atividade relevante no desenvolvimento de organização criminosa", mas sim "não integrar organização criminosa". Assim, ter sido pontualmente útil a uma organização criminosa não se relaciona jurídica ou faticamente com a integração do utilizado a ela, o que dependerá de outros elementos a serem provados, como busquei salientar (é dizer, elementos que denotem participação com vínculo mínimo de estabilidade e pertencimento, de onde se depreenderia a "integração" da pessoa ao grupo, e não seu mero uso eventual/pontual).

Postas essas considerações, entendo que, no caso concreto, há elementos que indicam o pertencimento do réu à organização criminosa proprietária da droga (e não apenas sua contratação eventual por ela). Muito embora os demais corréus tenham sido absolvidos, parece claro que a divisão entre dois veículos, com um seguindo à frente do outro, e várias pessoas envolvidas, remonte a uma operação planejada de transporte de entorpecentes, com veículo batedor e outro veículo destinado ao carregamento da droga. Ainda que não se tenha provado a ciência dos demais, isso não quer dizer que não pudessem executar, sem o saber, papéis específicos de auxílio à operação, em relação à qual o réu condenado tenha total ciência. Certo é que não se confiaria tamanha quantidade de droga, em operação de transporte com vários envolvidos (conscientemente ou não) a uma pessoa que não fosse de confiança da organização criminosa, isto é, a um seu membro.

Visto isso, não é verossímil que o apelante não integrasse os quadros da organização que detinha as drogas originalmente. Destaco que não é necessário que o réu possua algum grau de ascensão operacional ou posto de planejamento intelectual dentro de uma organização criminosa para que a ela esteja atrelado. Mesmo que seu papel fosse exclusivamente operacional, no campo do transporte de materiais ilícitos, isso não descaracteriza o vínculo que mantinha ao tempo dos fatos com a estrutura que organizou o transporte das drogas apreendidas.

Pelo exposto, deve ser acolhido o pleito ministerial, excluindo-se a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por não preenchimento de um dos requisitos cuja presença seria necessária para sua aplicação. Inexistindo alterações ulteriores a serem examinadas ou procedidas quanto à reprimenda concreta, torno-a definitiva no patamar de 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa, mantido o valor unitário destes no piso legal (seja devido à ausência de impugnação específica pelo Parquet federal, seja por inexistirem dados precisos a respeito da situação econômica do réu) (Id n. 89909954).

Com fundamento no art. 42 da Lei n. 11.343/06, houve majoração da pena-base em 2/3 (dois terços), resultando em 8 (oito) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 833 (oitocentos e trinta e três) dias-multa.

A natureza e a quantidade da droga são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada ao crime de tráfico, conforme expressa previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido, ainda, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, no ARE n. 666.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.14.

No caso dos autos, trata-se de expressiva apreensão de 166,892 kg de maconha, a indicar a razoabilidade da majoração da pena-base em 2/3 (dois terços), ainda que ponderadas as circunstâncias judiciais favoráveis ao revisionando (cf. Id n. 89909956).

No que diz respeito ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não há elementos idôneos que permitam afirmar que seria contrária à evidência dos autos (CPP, art. 621, I) a conclusão da decisão revisionanda no sentido de que embora os corréus tenham sido absolvidos, a “divisão entre dois veículos, com um seguindo à frente do outro, e várias pessoas envolvidas, remonte a uma operação planejada de transporte de entorpecentes, com veículo batedor e outro veículo destinado ao carregamento da droga. Ainda que não se tenha provado a ciência dos demais, isso não quer dizer que não pudessem executar, sem o saber, papéis específicos de auxílio à operação, em relação à qual o réu condenado tenha total ciência. Certo é que não se confiaria tamanha quantidade de droga, em operação de transporte com vários envolvidos (conscientemente ou não) a uma pessoa que não fosse de confiança da organização criminosa, isto é, a um seu membro” (Id n. 89909954).

Nesse contexto, carece de credibilidade, por ausência de elementos nos autos, a alegação de que a participação do revisionando na associação criminosa seria meramente eventual.

A fixação em 971 (novecentos e setenta e um dias-multa) é proporcional à exasperação da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a revisão criminal proposta por Bernardo Andres Gomes Cristaldo.

É o voto.

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. LEI N. 11.346/06. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO.

1. Revisão criminal proposta com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal para redução da pena pela prática do delito do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06.

2. A natureza e a quantidade da droga são elementos importantes para aferir a quantidade da pena inicial a ser aplicada ao crime de tráfico, conforme expressa previsão do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido, ainda, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, no ARE n. 666.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.14.

2. Houve expressiva apreensão de 166,892 kg de maconha, a indicar a razoabilidade na majoração da pena-base em, ainda que ponderadas as circunstâncias judiciais favoráveis ao revisionando. No que diz respeito ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não há elementos idôneos que permitam afirmar que seria contrária à evidência dos autos a conclusão da decisão revisionanda no sentido de que o revisionando integraria associação criminosa. Não encontra amparo nos autos a alegação de que a participação do revisionando na associação criminosa seria eventual. A fixação dos dias-multa é proporcional à exasperação da pena privativa de liberdade.

3. Revisão criminal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar IMPROCEDENTE a revisão criminal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5009682-05.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

REQUERENTE: ROBERTO APARECIDO MESCHIATI

Advogado do(a) REQUERENTE: NELSON BUGANZA JUNIOR - SP128870

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5009682-05.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES.

REQUERENTE: ROBERTO APARECIDO MESCHIATI

Advogado do(a) REQUERENTE: NELSON BUGANZA JUNIOR - SP128870

REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal, com pedido liminar, ajuizada por ROBERTO APARECIDO MESCHIATI (doravante "requerente" ou "revisionando"), contra acórdão proferido por este E. Tribunal nos autos da Apelação Criminal 0015625-34.2004.4.03.6105.

Postula, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, a desclassificação do crime de moeda falsa pra o crime de estelionato na modalidade tentada ante a comprovada falsificação grosseira, nos moldes da Súmula 73 do Superior Tribunal de Justiça, com o reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo Federal e a necessária remessa à Justiça Estadual.

Ainda, reputando presentes os requisitos e os pressupostos necessários para tanto, requer a concessão da liminar, visando a desclassificação do crime e a remessa dos autos da ação penal à Justiça Estadual.

A inicial (ID 53015852 págs. 01/16) veio instruída com documentos (ID 53015853 págs. 01/08, ID 53015854 págs. 01/100, ID 53015855 págs. 01/60, ID 53015856 págs. 01/40, ID 53015857 págs. 01/62, ID 53015858 págs. 01/50, ID 53015859 págs. 01/50, ID 53015860 págs. 01/50, ID 53015861 págs. 01/50, ID 53015862 págs. 01/50, ID 53015863 págs. 01/50, ID 53015864 págs. 01/11, ID 53015865 págs. 01/02 e ID 53015866 pág. 01).

Em despacho (ID 61453562, págs. 01/02), foi determinada a intimação da parte para a juntada de certidão de trânsito em julgado e das demais peças necessárias da Ação Penal de nº 0015625-34.2004.4.03.6105.

Decorrido o prazo sem a juntada, o requerente pugnou por prazo suplementar (ID 70386787), o qual foi concedido em despacho ID 71761016.

Após prazo assinalado, foi juntada certidão de trânsito em julgado ocorrido no dia 17 de agosto de 2018 (ID 75942291).

Indeferido o pedido liminar (ID 82756943), o requerente interpôs pedido de reconsideração da decisão, o qual foi negado (ID's 89107286 e 90314469).

Parecer da Procuradoria Regional da República pela improcedência da presente revisão criminal (ID 89833122).

É o relatório.

À revisão, nos termos regimentais.

REVISÃO CRIMINAL (428) Nº 5009682-05.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES.
REQUERENTE: ROBERTO APARECIDO MESCHIATI
Advogado do(a) REQUERENTE: NELSON BUGANZA JUNIOR - SP128870
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Do Cabimento da revisão criminal. Consoante reiteradas decisões deste Tribunal (v.g. RVC 00272252420104030000, Márcio Mesquita, E-DJF3, Data:16.07.2013; RVC 00122644420114030000, Cotrim Guimarães, E-DJF3, Data:20.12.2012; RVC 00063749020124030000, Cecília Mello, E-DJF3, Data: 29.04.2013), a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no artigo 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

No mesmo sentido, colaciono aresto deste E. Órgão Especial:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS QUANDO JÁ ENCERRADO O MANDATO ELETIVO DO RÉU. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. OBTENÇÃO, MEDIANTE FRAUDE, DE FINANCIAMENTO. PROGRAMA NACIONAL DE FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR - PRONAF. LEI N. 7.492/1986, ART. 19. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PEDIDO DE ENQUADRAMENTO NO INCISO IV DO ARTIGO 2º DA LEI N. 8.137/1990. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. A aferição, pelo tribunal acerca da ocorrência ou não de violação a texto de lei não diz respeito ao cabimento, mas ao mérito do pedido revisional fundado no inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal. Preliminar rejeitada.

2. A competência para julgar os embargos de declaração é do órgão prolator do ato decisório embargado. Assim, ainda que encerrado o mandato eletivo que conferia ao réu prerrogativa de foro, os embargos de declaração opostos ao acórdão condenatório devem ser julgados pelo tribunal que julgou a ação penal. Nulidade inexistente.

3. O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF configura um programa de financiamento e não um incentivo fiscal. Assim, a obtenção, mediante fraude, de financiamento oriundo de verbas do PRONAF configura o delito previsto no artigo 19 da Lei n. 7.492/1986 e não o crime tipificado no inciso IV do artigo 2º da Lei n. 8.137/1990.

4. Não se acolhe o pedido revisional fundado no inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal se o enquadramento legal dado aos fatos decorre, quando menos, de interpretação razoável. Precedentes.

5. Pedido revisional improcedente.

(REVISÃO CRIMINAL - 1257 / SP, 0012441-32.2016.4.03.0000, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data do Julgamento 13/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/06/2018).

Nessa ordem de ideias, considerando que para o conhecimento da revisão criminal basta a mera afirmação de que está ou estão presentes uma ou mais hipóteses de cabimento previstas em cada um dos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, conheço do presente pedido revisional, uma vez que a efetiva ocorrência das referidas hipóteses é matéria reservada ao mérito da ação.

Do mérito da revisão criminal. Inicialmente, insta consignar que, na Ação Penal nº 0015625-34.2004.4.03.6105, o requerente foi denunciado como incurso nas penas do artigo 289, §1º, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 08 de maio de 2004, o requerente e o corréu Everson guardavam consigo 38 (trinta e oito) cédulas falsas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e na companhia de Francine introduziram em circulação as notas contrafeitas que sabiam serem falsas (ID 53015854).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (ID 53015862), que condenou o requerente à pena de de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 124 (cento e vinte e quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo delito do artigo 289, §1º, do Código Penal.

No julgamento da apelação criminal, a 11ª Turma desta Corte Regional decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso interposto pelo requeente, a fim de afastar a aplicação da circunstância agravante do art. 62, I, do Código Penal, restando a pena definitiva fixada em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa no valor unitário de 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O v. acórdão transitou em julgado em 17 de agosto de 2018 (ID 75944127).

Em sede revisional, a defesa pleiteia com fundamento no art. 621, inc. I, do Código de Processo Penal, a desclassificação do crime de moeda falsa para o crime de estelionato na modalidade tentada, ante a comprovada falsificação grosseira das cédulas, nos moldes da súmula 73 do Superior Tribunal de Justiça, com reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal e a necessária remessa à Justiça Estadual.

A revisão criminal é ação de natureza constitutiva que tem por escopo rescindir coisa julgada em matéria criminal, nas estritas hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal, quais sejam: a) sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; b) sentença condenatória fundamentada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; c) descoberta de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena, após a sentença.

Extrai-se da r. sentença minuciosa análise das provas produzidas. Valho-me da transcrição a seguir:

"A materialidade dos fatos encontra-se demonstrada no Boletim de Ocorrência juntado às fls. 09; pelo Auto de Exibição e Apreensão às fls. 11; pelos Termos de Declarações às fls. 13/14, bem como pelo Laudo de Exame em Moeda às fls. 20/23.

O referido laudo atesta a falsidade das notas apreendidas nos seguintes termos:

"... Submetidas as cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), sendo 06 (seis) de número de série B 3848013647 A; 08 (oito) de número de série B 3848013644 A; 10 (dez) de número de série B 3848013668 A, descritas respectivamente nos itens "f", "g", "h" e "i" do tópico "Peças de Exames" às análises que se fizeram necessárias, pode a perícia concluir trataram-se de cédulas FALSAS, pois acham-se confeccionadas sem as características físicas inerentes às de emissão oficial como microimpressões, calcografia nos principais motivos impressos, sobreposição do registro coincidente, qualidade e nitidez de impressão com mudança gradual de cores, imagens latentes e etc. Inobstantes sejam falsas, as cédulas examinadas possuem boa qualidade gráfica, bastante assemelhadas às cédulas autênticas de emissão oficial, circunstância esta que podem perfeitamente iludir o "homem comum", não afeito ao manuseio de papel moeda ou pessoas desatentas ..." (fls. 22).

Ainda, analisando-se as cédulas constantes às fls. 27 e 28 dos autos, pode-se averiguar se tratar de técnica sofisticada de falsificação, apresentando as mesmas texturas, cor e tamanho muito próximas às de cédulas verdadeiras, sendo certamente possíveis de enganar o homem médio, o que ficou evidenciado pelas testemunhas ouvidas durante o inquérito policial e me juízo, comerciantes enganados pela falsidade ..."

Ao contrário do alegado pela defesa, observa-se que no Laudo Pericial 6.429/04 (ID 53015853) há constatação de que as notas apreendidas como ora requerente, à época dos fatos, eram falsas, possuindo boa qualidade gráfica, bastante assemelhadas às cédulas autênticas de emissão oficial, circunstância que pode perfeitamente iludir o "homem comum", não afeito ao manuseio do papel moeda ou pessoas desatentas.

Além disso, as demais provas juntadas pelo requerente não trazem elementos capazes de indicarem a má qualidade da contrafação das 38 (trinta e oito) cédulas de R\$ 50,00 apreendidas, de forma que não há que se reconhecer a desclassificação do crime para o crime de estelionato, em decorrência da falsificação grosseira das notas, e a conseqüente remessa dos autos à Justiça Estadual.

Logo, vê-se que a sentença condenatória mostra-se coerente com as provas contidas nos autos.

Há, por todo o exposto, farto conjunto probatório a sustentar a condenação do ora revisionando pela prática do crime do art. 289, §1º, do Código Penal.

Ademais, não cabe revisão criminal com fundamento no artigo 621, inciso I, 2ª parte, do CPP, se a condenação estiver amparada em prova válida e consistente, em observância ao princípio do livre convencimento do juiz. Nesse sentido, as jurisprudências a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ESTELIONATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. TESES DA DEFESA RECHAÇADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 621, I E II, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS. REPETIÇÃO DE TESES. REEXAME DO SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. A revisão criminal não é a sede adequada para a reapreciação do conjunto probatório, pela repetição de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva. Sendo assim, não tem cabimento a pretensão de se conferir nova qualificação jurídica aos fatos, com base em suposta ofensa ao art. 621 do Código de Processo Penal, notadamente se a tese defensiva apresentada não se insere nas hipóteses em que se admite revisão criminal, como bem ressaltou o acórdão impugnado. 3. É incontestável que a questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça não se limita à valoração das provas dos autos, pois a sua intenção, na realidade, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental improvido. (AGARESP 201202025778, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:26/03/2015 ..DTPB:.)

"REVISÃO CRIMINAL. ROUBO. 157, §2º, I. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ART. 159, §1º DO CÓDIGO PENAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ART. 621 DO CPP. MATÉRIAS QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO. CONJUNTO PROBATÓRIO FARTO. RECONHECIMENTO PESSOAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVISÃO IMPROCEDENTE. (...) III - Em se tratando de crimes patrimoniais, a exemplo do roubo e da extorsão mediante seqüestro, é comum que somente a vítima esteja presente no momento do crime, porquanto seu depoimento e o reconhecimento que venha a fazer são de grande importância para a elucidação dos fatos, e merecem a devida credibilidade, especialmente quando realizados com firmeza, revelando afirmações seguras e com riqueza de detalhes; IV - A prova no sentido de manter a condenação do revisionando é robusta, tendo sido valorada de forma razoável e com ponderação, o que afasta por completo a hipótese do artigo 621, I do CPP; V- O que se almeja é uma reavaliação das provas, de forma alterar a decisão final a fim de absolver o condenado. Todavia, é mister esclarecer que não é esse o escopo da revisão criminal, que é ação que visa corrigir um erro judiciário, e não substituir o recurso de apelação; VI - Revisão criminal improcedente.(RVC 00306661320104030000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3- PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 31.01.2012).

"REVISÃO CRIMINAL. ROUBO. PROVA. - Condenação à qual não falta esteio em efetivas provas de autoria que não restaram destruídas por outras em contrário, não se revelando em antagonismo com a evidência dos autos a condenação que manifesta opção uma dentre outras possíveis avaliações da prova coligida. - Revisão criminal improcedente." (TRF 3ª Região - RVCR - 396; Processo 2002.03.00.004134-3; Primeira Seção; Data do Julgamento: 05/11/2003; Relator Des. Fed. Peixoto Júnior).

"REVISÃO CRIMINAL DE SENTENÇA QUE CONDENOU O REQUERENTE NA FORMA DO ARTIGO 289, § 1º, DO CÓD. PENAL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO ARGUIDA PELA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA AFASTADA - CARÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO NA PARTE RELATIVA À PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA, POIS A SENTENÇA DECIDIU NESSE MESMO SENTIDO - CONDENÇÃO SEGURA QUE SE SUSTENTA NA PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA NO CASO DE QUAISQUER DOS MOTIVOS LEGAIS QUE JUSTIFICARIAM A REVISÃO DA DECISÃO CONDENATÓRIA - DOSIMETRIA MANTIDA. 1. É entendimento pacífico na Primeira Seção do TRF/3ª Região que as matérias tratadas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal configuram o próprio mérito do pleito revisional e não pressupostos processuais específicos dessa espécie de ação (ressalva do ponto de vista do relator). Preliminar do Ministério Público Federal rejeitada. 2. Se a sentença rescindenda expressamente permitiu a progressão de regime de cumprimento da reclusão, há carência de ação se a inicial sustenta justamente essa possibilidade. 3. Em sede de revisão criminal não há espaço para reavaliação do conjunto probatório e para substituição do livre convencimento do juiz pelo entendimento do Tribunal. Nesse passo, não há procedência do pedido quanto a pretendida absolvição à conta de falta de prova do dolo (ciência da falsidade das cédulas postas em circulação pelo condenado) e inidoneidade da falsificação para enganar o "homem médio" (questão, aliás, positivada nos laudos documentoscópicos). É que o artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal exige afronta direta contra a lei ou contra a evidência dos autos, o que não se confunde com uma interpretação razoável e verossímil. No caso o contexto probatório tornou plenamente possível o juízo condenatório em desfavor da ré, inexistindo qualquer dúvida acerca da autoria. 4. Acréscimo na pena base feito conforme as várias possibilidades contidas no artigo 59 do Código Penal (senda criminosa como modus vivendi), ainda que nem todas as circunstâncias judiciais eleitas no decisum fossem pertinentes. Correto reconhecimento da reincidência, não havendo espaço na 1ª parte do inc. I do artigo 621 do Código de Processo Penal para que o quantum eleito pelo magistrado seja substituído pelo que o Colegiado possa entender como mais "adequado". 5. Preliminar afastada. Carência parcial do pedido, que é julgado improcedente no que remanesce. (RVC 2007.03.00.036969-3; Data do Julgamento: 19/08/2010; Relator: Des. Fed. Johanson Di Salvo).

Ante o exposto, julgo improcedente a revisão criminal.

É como voto.

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 289, §1º, DO CP. PEDIDO DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE MOEDA FALSA PARA O CRIME DE ESTELIONATO TENTADO. COMPROVAÇÃO DA FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA DAS CÉDULAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PEDIDO REVISIONAL IMPROCEDENTE.

1. Consoante reiteradas decisões deste Tribunal (v.g. RVC 00272252420104030000, Márcio Mesquita, E-DJF3 Judicial 1 Data:16.07.2013; RVC 00122644420114030000, Cotrim Guimarães, E-DJF3 Judicial 1 Data:20.12.2012; RVC 00063749020124030000, Cecilia Mello, E-DJF3 Judicial 1 Data: 29.04.2013), a efetiva ocorrência de cada uma das hipóteses de cabimento do pedido revisional, taxativamente elencadas no art. 621, incisos I, II, e III, do Código de Processo Penal, implica, necessariamente, o exame do mérito da ação.

2. Em sede revisional, o requerente pleiteou, com fundamento no art. 621, inc. I, do Código de Processo Penal, a desclassificação do crime de moeda falsa para o crime de estelionato na modalidade tentada, ante a comprovada falsificação grosseira das cédulas, nos moldes da súmula 73 do Superior Tribunal de Justiça, com reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal e a necessária remessa à Justiça Estadual.

3. Ao contrário do alegado pela defesa, observa-se que no Laudo Pericial 6.429/04 (ID 53015853) há constatação de que as notas apreendidas com o ora requerente, à época dos fatos, eram falsas, possuindo boa qualidade gráfica, bastante assemelhadas às cédulas autênticas de emissão oficial, circunstância que pode perfeitamente iludir o "homem comum", não afeito ao manuseio do papel moeda ou pessoas desatentas.

4. Além disso, as demais provas juntadas pelo requerente não trazem elementos capazes de indicarem a má qualidade da contrafação das 38 (trinta e oito) cédulas de R\$ 50,00 apreendidas, de forma que não há que se reconhecer a desclassificação do crime para o crime de estelionato, em decorrência da falsificação grosseira das notas, e a consequente remessa dos autos à Justiça Estadual.

5. Logo, vê-se que a sentença condenatória mostra-se coerente com as provas contidas nos autos. Há, por todo o exposto, farto conjunto probatório a sustentar a condenação do ora revisionando pela prática do crime do art. 289, §1º, do Código Penal.

6. Ademais, não cabe revisão criminal com fundamento no artigo 621, inciso I, 2ª parte, do CPP, se a condenação estiver amparada em prova válida e consistente, em observância ao princípio do livre convencimento do juiz.

7. Revisão Criminal improcedente.

ACÓRDÃO

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

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004459-50.2018.4.03.6000

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

APELANTE: RUBENS FERNANDO FERNANDES

Advogados do(a) APELANTE: RENATA TRAMONTINI FERNANDES - MS14127-A, MARCELA MINARI - MS14457-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004459-50.2018.4.03.6000

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

APELANTE: RUBENS FERNANDO FERNANDES

Advogados do(a) APELANTE: RENATA TRAMONTINI FERNANDES - MS14127-A, MARCELA MINARI - MS14457-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HELIO NOGUEIRA (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração (ID 92528447) opostos por RUBENS FERNANDO FERNANDES contra a decisão proferida por esta Primeira Turma, cujo acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MILITAR DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO NO CURSO DA CARREIRA. DECRETO 68. 951/1971. ATO DE EFEITO CONCRETO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NEGADO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS 443/STF E 85/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. Valor da causa. Ao pugnar pelo ressarcimento em preterição, não há que se falar em de causa de valor inestimável, vez que o pedido refere-se ao pagamento das diferenças de soldo na graduação de Capitão a que aduz o apelante fazer jus, nos termos em que demonstrado pela parte ré, nos autos da ação de Impugnação do Valor da Causa (5004487-18.2018.4.03.6000), desde 2007, posto que considerada a prescrição quinquenal das parcelas vencidas.

2. Assim, diante da possibilidade de aferição do proveito econômico almejado ou estimativa dele, mantido, o valor da causa em R\$ 47.181,00 (quarenta e sete mil, cento e oitenta e um reais).

3. A jurisprudência vem aplicando, reiteradamente, o Decreto n. 20. 910/1932, o qual foi recepcionado pela CRFB com a natureza jurídica de lei ordinária.

4. Buscando o autor as promoções de Terceiro-Sargento da Aeronáutica até o posto de Capitão, com base no Decreto n. 68.951/71, segundo alega, descumprido entre os anos de 1968 a 1988, sob argumento de que deveriam ter ocorrido entre 1971 e 1980, sendo, portanto, a data dos atos de promoção que pretendem rever; os marcos iniciais das pretensões deduzidas em Juízo.

5. Não cabe aqui a alegação das Súmulas n. 85/STJ e n. 443/STF. É que, no caso sob apreciação, não se discutem meros efeitos financeiros de direito já reconhecido, mas sim o próprio direito à revisão dos atos de promoção no curso da carreira de militar (fundo do direito), restando afastada a orientação contida nas súmulas acima citadas, uma vez que diz respeito a ato único de efeito concreto.

6. *Transcorridos mais de cinco anos entre o ajuizamento da ação (21.08.2012) e os atos administrativos questionados pelo demandante, bem como da negativa da Administração em 1987, prescrita a pretensão.*

7. *Apelação a que se nega provimento.*

O embargante alega contradição e omissões no *decisum*.

Refere que a União, quando da impugnação ao valor da causa, não apresentou qualquer elemento capaz de determinar a majoração do valor apresentado na peça exordial e que a presente ação não possui conteúdo econômico imediatamente aferível, devendo ser mantido o valor atribuído à causa na peça original.

Sustenta, ainda, que:

- deve ser afastada a prescrição, posto que trata-se de direito de prestação continuada, restando configurada, portanto, uma relação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, atraindo a aplicação da Súmula 85 do STJ;

- o pedido administrativo datado de 1987, de fato, restou indeferido e, somente em dezembro de 1988, ou seja, quando completou 7 (sete) anos da permanência do Embargante no posto de 1º Sargento, é que fora promovido ao posto de Suboficial;

- no ano de 1990, pleiteou administrativamente a sua inscrição no Curso de Admissão do Estágio de Adaptação ao Oficialato, contudo, em represália ao seu requerimento anterior quando pugnou pela retificação das datas de sua promoção, a Base Área de Campo Grande-MS enviou o seu pedido administrativo à Diretoria de Pessoal, localizada na cidade do Rio de Janeiro, fora do prazo, o que gerou o indeferimento do pedido;

- não foi analisada a questão da imprescritibilidade da discussão acerca dos proventos em razão do caráter alimentar dos mesmos e no que tange o direito à promoção ao Oficialato e o pagamento das parcelas atrasadas;

- em relação à condenação em honorários de sucumbência e majoração não fora respeitado o princípio da razoabilidade, implicando em injustificado enriquecimento da parte contrária.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004459-50.2018.4.03.6000

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

APELANTE: RUBENS FERNANDO FERNANDES

Advogados do(a) APELANTE: RENATA TRAMONTINI FERNANDES - MS14127-A, MARCELA MINARI - MS14457-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator): São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (EDcl no AgRg na Rcl4855/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: Rcl3811 MCAgRED, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJE 25/03/2011; AIAgRED 697928, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJE 18/03/2011), não se apresentando como via adequada 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 Rcl2644/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 só, 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).

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

Por primeiro, anoto que os vícios alegados em relação ao valor da causa constituem objeto dos embargos de declaração opostos nos autos n. 5004487-18.2018.4.03.6000.

Quantos aos demais vícios apontados pelo embargante, não lhe assiste razão.

No caso, é patente o intuito da embargante de discutir a juridicidade do provimento impugnado, o que deve ocorrer na seara recursal própria, e não pela via dos declaratórios.

Evidencia-se, assim, a oposição dos presentes embargos 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, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos de declaração.

Translade-se cópia desta decisão para os autos da Apelação n. 5004487-18.2018.4.03.6000.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material, inócorrentes na espécie.
2. Ainda que se pretenda a análise da matéria destacada para fins de pré-questionamento, em momento algum ficou demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022, incisos I, II e III do Novo CPC, de modo que se impõe a rejeição dos presentes embargos de declaração.
3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010469-34.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: NILSA LOPES DUARTE

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE NICODEMOS DE ARAUJO JUNIOR - MS18270-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010469-34.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: NILSA LOPES DUARTE

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE NICODEMOS DE ARAUJO JUNIOR - MS18270-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional) contra acórdão de ID 92965115, assimementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: AFASTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- 1. O deferimento de tutela provisória em ação rescisória suspende a exequibilidade do título judicial, nos termos do artigo 969 do Código de Processo Civil. Consequentemente, resta suspensa a prescrição da pretensão executória até que o título judicial recobre sua exequibilidade. Precedente.*
- 2. No caso dos autos, em 22/01/2013 foi dado parcial provimento a agravo regimental da União, nos autos de ação rescisória, para deferir a antecipação da tutela para suspender a obrigação de pagar até que houvesse manifestação definitiva do STF acerca da matéria objeto de repercussão geral.*
- 3. O prazo prescricional recomeçou a correr pela metade, nos termos do artigo 9º do Decreto nº 20.910/1932, no dia seguinte ao marco estabelecido para o término da suspensão da exequibilidade do título executivo judicial, ou seja, em 15/11/2014, findando-se em 14/05/2017.*
- 4. A execução de sentença foi ajuizada em 04/04/2017, afastando-se a prescrição quinquenal da pretensão executória.*
- 5. Agravo de instrumento não provido. Agravo interno prejudicado.*

A embargante repisa a tese do decurso do prazo prescricional quinquenal da pretensão executiva.

Requer o recebimento dos embargos para fins de pré-questionamento, com fulcro na Súmula 98 do STJ, 282 e 356 do STF.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010469-34.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: NILSA LOPES DUARTE
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE NICODEMOS DE ARAUJO JUNIOR - MS18270-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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; AI AgRED 697928, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJE 18/03/2011), não se apresentando como via adequada 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).

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

No caso, é patente o intuito da embargante de discutir a juridicidade do provimento impugnado, o que deve ocorrer na seara recursal própria, e não pela via dos declaratórios.

Percebe-se que o vício apontado pela 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, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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.

Ante o exposto, voto por **rejeitar** os embargos de declaração, restando inalterado o acórdão de ID 92965115.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PRÉ-QUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material, incorrentes na espécie.
2. Ainda que se pretenda a análise da matéria destacada para fins de pré-questionamento, em momento algum ficou demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022, incisos I, II e III do Novo CPC, de modo que se impõe a rejeição dos presentes embargos de declaração.
3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002477-56.2018.4.03.6111

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINTEGRA SURGICAL SCIENCIES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

APELADO: SINTEGRA SURGICAL SCIENCIES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002477-56.2018.4.03.6111

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINTEGRA SURGICAL SCIENCIES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

APELADO: SINTEGRA SURGICAL SCIENCIES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal (Fazenda Nacional) contra o acórdão proferido por esta Turma, assimementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO INCIDÊNCIA: AVISO PRÉVIO INDENIZADO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. PRIMEIROS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO DOENÇA. AUXÍLIO-CASAMENTO. AUXÍLIO-NATALIDADE. INCIDÊNCIA: SALÁRIO MATERNIDADE. PRÊMIO SUGESTÃO. HORAS EXTRAS. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

1. O artigo 195, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal, estabelece, dentre as fontes de financiamento da Seguridade Social, a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

2. Na redação original do dispositivo, anterior à EC n. 20/98, a contribuição em tela podia incidir apenas sobre a folha de salários. Vê-se, pois, que a ideia que permeia a hipótese de incidência constitucionalmente delimitada para a contribuição social em exame é a abrangência daquelas verbas de caráter remuneratório pagas àqueles que, a qualquer título, prestem serviços à empresa.

3. O contorno legal da hipótese de incidência da contribuição é dado pelo artigo 22, inciso I, da Lei n. 8.212/91.

4. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC, sobre a incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de salário-maternidade, e a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

5. O adicional de horas-extras possui caráter salarial, conforme art. 7º, XVI, da CF/88 e Enunciado n. 60 do TST. Consequentemente, sobre ele incide contribuição previdenciária. Precedentes.

6. Não há incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de auxílio-casamento e auxílio-parto/natalidade, verba de nítido caráter indenizatório e eventual, que não integra o salário de contribuição por não remunerar o trabalhador pela sua atividade laborativa. Precedentes.

7. Quanto ao prêmio sugestão a impetrante não se desincumbiu do dever de bem delinear e comprovar os elementos e traços distintivos desses pagamentos, restando inviabilizada eventual análise da natureza indenizatória ou salarial desses valores. Destarte, a natureza jurídica dessas verbas não resta caracterizada. Sendo inviável a dilação probatória em sede de mandado de segurança, porquanto a prova deve ser pré-constituída, inexistente direito líquido e certo a ser amparado quanto a esses valores, razão porque o pedido de exclusão da incidência da contribuição não encontra guarida. Precedentes.

8. O exercício do direito à compensação se fará administrativamente, tendo a Fazenda Pública a prerrogativa de apurar o montante devido. Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18, restou revogado o parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007 e, em contrapartida, incluído o artigo 26-A, que prevê, expressamente, a aplicação do artigo 74 da Lei 9.430/96, para a compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições, observados os requisitos e limites elencados, sujeitos à apuração da administração fazendária. A matéria em questão foi regulamentada pela Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18.

9. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva restituição ou compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

10. Remessa necessária e apelação da União Federal (Fazenda Nacional) desprovidas. Apelação da parte impetrante parcialmente provida.

Sustenta a embargante omissões no acórdão em relação ao RE 565.160/SC e quanto aos dispositivos legais e constitucionais expressamente apontados nas razões recursais (arts. 7º, XVIII, 195 e art. 201 da Constituição Federal, bem como os arts. 22 e 28 da Lei 8.212, 29 e 60 da Lei 8.213, e art. 75 do Decreto 3048) e o critério da habitualidade, bem como quanto ao artigo 97 e 103-A da Constituição Federal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002477-56.2018.4.03.6111

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINTEGRA SURGICAL SCIENCIES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

APELADO: SINTEGRA SURGICAL SCIENCIES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 (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), não se apresentando como via adequada 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);

Nos termos do artigo 1.025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Inexistem vícios de omissão no acórdão.

A discordância da parte embargante quanto à conclusão da Turma julgadora não traduz vício sanável por embargos.

No caso, é manifesto o intuito da parte embargante de promover nova discussão sobre o que já foi decidido, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

Não se conformar com a exegese dos dispositivos que orientaram a conclusão judicial não a torna omissa, pois, tendo apreciado as questões controvertidas, conferindo-lhes o enquadramento adequado, o julgado cumpriu seu escopo.

Os argumentos aduzidos no recurso do qual foi tirado os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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.

Ante o exposto, **voto por rejeitar os embargos de declaração**, restando inalterado o acórdão embargado.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material, inócorrentes na espécie.
2. Ainda que se pretenda a análise da matéria destacada para fins de pré-questionamento, em momento algum ficou demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022, incisos I, II e III do Novo CPC, de modo que se impõe a rejeição dos presentes embargos de declaração.
3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000619-25.2017.4.03.6143

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

APELANTE: ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA - ME, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA - ME, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogados do(a) APELADO: TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A, FERNANDA HESKETH - SP109524-A

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000619-25.2017.4.03.6143

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

APELANTE: ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA - ME, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA - ME, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogados do(a) APELADO: TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A, FERNANDA HESKETH - SP109524-A

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração de opositos pelo Serviço Social do Comércio – SESC (Id. 90274479) e pela Fazenda Nacional (Id. 90359412) contra o acórdão proferido por esta Turma, que, por unanimidade, assim deliberou (Id. 51156395):

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE. COMPENSAÇÃO. ART. 26-A DA LEI Nº 11.457/2007. ART. 170-A DO CTN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

1. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC, sobre a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de terço constitucional de férias e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

2. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

3. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a outras entidades e SAT/RAT, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

4. Compensação nos termos do art. 26-A da Lei nº 11.457/2007 (introduzido pela Lei 13.670/18) e da Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18.

5. A Lei Complementar n. 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença.

6. O STF, no RE n. 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE n. 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005.

7. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já incluiu os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

8. Apelação da impetrante e remessa oficial parcialmente providas. Apelações da União e do SENAC desprovidos.

Sustenta o SESC que o v. acórdão foi omissivo quanto à legitimidade do SESC e quanto à natureza jurídica das contribuições sociais destinadas a terceiros. Defende a sua legitimidade para figurar no pólo passivo das ações em que se discutem as contribuições sociais destinadas a terceiros, bem como a configuração de litisconsórcio passivo necessário. Alega que as contribuições destinadas ao SESC são destinadas a realização de direitos fundamentais, razão pela qual não admitem qualquer renúncia fiscal.

Por sua vez, a União sustenta que não há jurisprudência consolidada sobre as verbas discutidas. Alega que as contribuições, nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, incidem sobre os pagamentos efetuados a qualquer título e é irrelevante a sua natureza remuneratória ou indenizatória, pois a lista de exceções prevista no artigo 28, §9º, da Lei 8.212/91 constitui rol taxativo. Defende a impossibilidade de equiparação das contribuições destinadas a terceiros a receita tributária. Também sustenta a incidência das contribuições sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento antes da concessão do auxílio-doença e a título de terço constitucional de férias, em razão da sua habitualidade. Alega, ainda, omissão quanto ao posicionamento do STF sobre a matéria discutida no RE 565.160. Afirma que o entendimento firmado no julgamento do Resp nº 1.230.957/RS não se aplica ao caso de contribuições destinadas a entidades terceiras, por se tratarem de situações distintas (*distinguish*), bem como que o entendimento firmado no julgamento desse recurso especial foi superado pelo julgamento do RE 565.160 (*overruling*). Requer o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000619-25.2017.4.03.6143

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

APELANTE: ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICIO LTDA - ME, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICIO LTDA - ME, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, SERVICIO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICIO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogados do(a) APELADO: TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A, FERNANDA HESKETH - SP109524-A

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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);

No caso, é patente o intuito da embargante de discutir a juridicidade do provimento impugnado, o que deve ocorrer na seara recursal própria, e não pela via dos declaratórios.

Cumpra observar que, nos termos do artigo 1025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Especificamente quanto à alegação de omissão em relação à legitimidade do SESC, consigne-se que a questão foi expressamente apreciada, mantendo-se a legitimidade do ente:

"(...) no caso, o MM. Magistrado a quo determinou a inclusão das entidades terceiras na decisão de id. 35073094 e as partes não interpuseram o recurso cabível contra esta decisão no momento oportuno, razão pela qual a questão encontra-se acobertada pela preclusão e não pode ser apreciada por este Tribunal."

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foi tirado os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

E nem se alegue omissão quanto ao posicionamento do STF sobre a matéria discutida no RE 565.160. No referido Recurso Extraordinário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o alcance da expressão "*folha de salários*" para fins de instituição de contribuição social sobre o total das remunerações (repercussão geral do Tema 20), fixando a seguinte tese: "*A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998*".

Todavia, cumpre salientar que o Recurso Extraordinário nº 565.160/SC não abarcou a discussão sobre a natureza jurídica das verbas questionadas (se remuneratórias ou indenizatórias). Restou consignado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.160/SC, a teor dos fundamentos dos Exmos. Ministros, que a análise sobre a natureza jurídica das rubricas não cabe ao STF, por se tratar de matéria adstrita ao âmbito infraconstitucional. Se não, vejamos excertos dos votos dos Eminentíssimos Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Edson Fachin, respectivamente:

"Destaque-se, por fim, que descabe a esta Corte definir a natureza indenizatória ou remuneratória de cada parcela, eis que tal discussão não possui status constitucional, conforme amplamente vem sendo reconhecido pela jurisprudência. Compete tão somente a este colegiado a interpretação dos dispositivos constitucionais em relação ao tema, de modo que deles só é possível extrair a necessidade de pagamento com habitualidade e em decorrência da atividade laboral, para fins de delimitação da base de cálculo da contribuição previdenciária do empregador e consequente interpretação do conceito de "folha de salários"

"Dessa forma, não se busca aqui definir, individualmente, a natureza das verbas ou, mais importante se foram pagas com habitualidade ou eventualidade, e quais delas estão habilitadas ou não para compor a base de cálculo da contribuição. Isso, na esteira da jurisprudência desta Corte, é matéria de índole infraconstitucional. De toda sorte, penso que não há aqui nenhuma incompatibilidade desse entendimento expressado pelo Tribunal em diversos julgados, e ao qual me filio, com o que estamos decidindo agora no presente caso. Embora guardem relação, penso que são situações distintas e, de todo modo, fato é que tal análise sobre a natureza jurídica de cada verba não é objetivo do acórdão que reconheceu a repercussão geral do tema."

"No tocante à segunda distinção proposta entre parcelas de natureza remuneratória e indenizatória, entende-se que essa matéria não desafia a via do apelo extremo, pois inexistente um conceito constitucionalizado de renda ou indenização. A esse respeito, veja-se que o Poder Constituinte remeteu ao âmbito legal a definição dos casos em que os ganhos habituais do empregado são incorporados ao salário para fins de contribuição previdenciária, consoante o disposto no art. 201, §11, da Constituição da República."

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado iterativamente pela infraconstitucionalidade de controvérsias relativas à definição da natureza jurídica de verba para fins de tributação, seja por contribuição previdenciária, seja por imposto de renda."

Nesse sentido também o acórdão emanado do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES

1. A jurisprudência desta Suprema Corte entende ser de índole infraconstitucional a discussão da natureza da verba (remuneratória ou indenizatória) para fins de incidência de tributo. 2. Nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015.

(RE-AgR 967780, ROBERTO BARROSO, STF.)

Outrossim, oportuno consignar que ao tratar da contribuição social em causa, estão excluídas de sua incidência as verbas indenizatórias. Neste sentido, trago à baila o escólio da Exma. Ministra Cármen Lúcia, quando do julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 565.160/SC:

"Ao tratar, em sede doutrinária, do conceito de salário extraído do art. 195, inc. I, al. a, da Constituição da República, Leandro Paulsen defende a necessidade de ser essa norma constitucional interpretada em conjunto com o § 11 do art. 201 da Constituição, para compreender, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, "os ganhos habituais do empregado a qualquer título", com exclusão apenas das vantagens consideradas de natureza indenizatória (PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 125-126"

"Consideradas as expressões postas na Constituição da República ao tratar da contribuição social, não se pode admitir que sua incidência se dê sobre verbas de natureza indenizatória, pois essas não estão abrangidas pelas expressões "folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (...)" ou "ganhos habituais do empregado, a qualquer título". Se a finalidade das verbas indenizatórias é a simples recomposição do patrimônio do empregado, não há como enquadrá-las como salário, rendimentos ou ganhos."

Infere-se, portanto, que o caráter habitual do pagamento, por si só, não determina a incidência da contribuição previdenciária, sendo imprescindível a análise, **no âmbito infraconstitucional**, da natureza jurídica de cada uma das verbas discutidas.

Assim, diversamente do alegado pela União, **não há relação de prejudicialidade** entre a tese exarada pelo STF no RE nº 565.160/SC e o Recurso Especial nº 1.230.957/RS que, afetado à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a natureza indenizatória das verbas pagas a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e nos quinze primeiros dias que antecedem a concessão de auxílio-doença/acidente.

A propósito, vale mencionar o recente aresto emanado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.230.957/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.3.2014), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou orientação no sentido de que não incide contribuição previdenciária (RGPS) sobre o terço constitucional de férias, ainda que gozadas.

2. No julgamento do RE 565.160, o STF concluiu que: "A contribuição social, a cargo do empregador, incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20 de 1998." No referido julgado, a Suprema Corte ratificou a orientação do STJ no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre os adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno. Contudo, a verba terço constitucional de férias não foi objeto de discussão naquele recurso.

3. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional, ainda que para fins de questionamento.

4. Agravo interno não provido. ..EMEN: (AIRES 201701256077, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/10/2017 ..DTPB:.) - g.n.

Com efeito, o acórdão proferido por esta Primeira Turma está em absoluta consonância com a tese fixada pelo STF, porquanto o referido aresto analisou, no âmbito infraconstitucional, a natureza jurídica de cada uma das verbas, definindo-se o caráter remuneratório ou indenizatório dos pagamentos, de modo a permitir ou não sua exclusão da base de cálculo da contribuição social em causa, com base na atual jurisprudência dominante do C. STJ e desta Corte Regional.

Ademais, 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.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição ou omissão, conforme artigo 1.022 do novo CPC ou, por construção jurisprudencial, erro material, incorrentes na espécie.

2. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006087-02.2017.4.03.6100

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

APELANTE: VOLKSWAGEN PARTICIPACOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VOLKSWAGEN PARTICIPACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006087-02.2017.4.03.6100

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

APELANTE: VOLKSWAGEN PARTICIPACOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VOLKSWAGEN PARTICIPACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Volkswagen Participações Ltda. e pela União Federal contra o acórdão proferido por esta Turma, assimementado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO INCIDÊNCIA: AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PRIMEIROS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO DOENÇA/ACIDENTE. FÉRIAS INDENIZADAS. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA: SALÁRIO-MATERNIDADE. GRATIFICAÇÕES. ADICIONAL NOTURNO. HORA EXTRA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

1. O artigo 195, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal, estabelece, dentre as fontes de financiamento da Seguridade Social, a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

2. Na redação original do dispositivo, anterior à EC n. 20/98, a contribuição em tela podia incidir apenas sobre a folha de salários. Vê-se, pois, que a ideia que permeia a hipótese de incidência constitucionalmente delimitada para a contribuição social em exame é a abrangência daquelas verbas de caráter remuneratório pagas àqueles que, a qualquer título, prestem serviços à empresa.

3. O contorno legal da hipótese de incidência da contribuição é dado pelo artigo 22, inciso I, da Lei n. 8.212/91.

4. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC, sobre a incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de salário-maternidade, e a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de aviso prévio indenizado e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

5. Quanto às verbas referentes às férias indenizadas e ao abono pecuniário de férias, não são pagas em decorrência da contraprestação pelo trabalho ou tempo à disposição do empregador; mas sim como retribuição pela ausência de usufruto do direito ao descanso remunerado, do que exsurge cristalino o seu caráter indenizatório.

6. As verbas pagas como gratificações, prêmios, abonos e bônus para fins de incidência, ou não, de contribuição previdenciária, dependem da verificação da habitualidade de seu pagamento. No caso, não restou demonstrada a natureza jurídica das contribuições referidas, de forma que, não estando efetivamente comprovado o caráter eventual das verbas denominadas pela autora, não comporta procedência o pedido. Precedentes.

7. As verbas recebidas a título de adicional noturno possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária.

8. O adicional de horas-extras possui caráter salarial, conforme art. 7º, XVI, da CF/88 e Enunciado n. 60 do TST. Consequentemente, sobre ele incide contribuição previdenciária. Precedentes.

9. Consolidada a compreensão de que há incidência de contribuição previdenciária patronal sobre as verbas pagas a título de décimo-terceiro salário/gratificação natalina. Precedentes.

10. O exercício do direito à compensação se fará administrativamente, tendo a Fazenda Pública a prerrogativa de apurar o montante devido. Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18, restou revogado o parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007 e, em contrapartida, incluído o artigo 26-A, que prevê, expressamente, a aplicação do artigo 74 da Lei 9.430/96, para a compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições, observados os requisitos e limites elencados, sujeitos à apuração da administração fazendária. A matéria em questão foi regulamentada pela Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18.

11. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva restituição ou compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução C.JF n. 267/2013.

12. O art. 85, §11 do CPC prevê a majoração dos honorários pelo Tribunal levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

13. Remessa necessária e apelação da União Federal parcialmente providas. Apelação da parte autora desprovida.

Sustenta a embargante Volkswagen Participações Ltda. que o acórdão foi omisso porque não constou em sua parte dispositiva a procedência do pedido em relação aos benefícios da previdência social; requerendo que este juízo se manifeste em relação ao RE 593.068, recentemente julgado; sobre a não incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade; sobre a manutenção da improcedência do pleito autoral sobre as gratificações, prêmios, abonos e bônus, pois reconhecidamente são não habituais e não incorporáveis à aposentadoria, não devendo incidir a contribuição previdenciária em regra (e não o contrário); e postulando o prequestionamento da matéria.

Por sua vez sustenta a embargante União Federal que o acórdão é *extra petita* quanto ao abono pecuniário de férias “já que tal verba não está sendo discutida nos autos” e “também quanto à majoração da condenação da União no pagamento de honorários já que não há qualquer pedido nesse sentido na apelação do autor”. Alega também que ainda que assim não se entenda a majoração da condenação da União nos honorários também é contraditória pois esta apelou apenas quanto ao salário maternidade e quanto aos quinze dias que antecedem o auxílio acidente/doença, obtendo êxito em metade de seus pedidos de apelação (salário-maternidade), sendo que a parte autora teve sua apelação totalmente improvida. Também aduz que o acórdão é “*omisso quanto aos dispositivos constitucionais e à legislação que rege a matéria, e, em especial, no tocante ao mérito, quanto ao disposto nos arts. 22, I, 28, I, § 9º da Lei nº 8.212/1991, 60, § 3º da Lei nº 8.213/1991, 457, 458 e 487, §§ 1º e 6º, da CLT, bem como nos arts. 97, 150, §6º, 194, 195, I, “a”, § 5º, e 201, § 11, da Constituição Federal*”.

As partes foram intimadas a se manifestarem nos termos do artigo 1.023, §2.º do CPC.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006087-02.2017.4.03.6100

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

APELANTE: VOLKSWAGEN PARTICIPACOES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VOLKSWAGEN PARTICIPACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 (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), não se apresentando como via adequada 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);

Nos termos do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Na situação em exame, alega a embargante União Federal que o abono pecuniário de férias não foi objeto de questionamento na inicial.

Em relação a referido ponto assiste razão à União Federal, reconhecendo-se a existência de erro material, devendo ser desconsiderada a fundamentação pertinente ao abono pecuniário de férias.

Por esta razão, determino sejam os presentes embargos integrados ao acórdão, de modo que as questões pertinentes ao abono pecuniário de férias sejam desconsideradas, para que passe a constar no Voto e Acórdão os termos a seguir expostos:

“VOTO

(...)

“Férias indenizadas

Quanto às verbas referentes às férias indenizadas resta claro que não são pagas em decorrência da contraprestação pelo trabalho ou tempo à disposição do empregador, mas sim como retribuição pela ausência de usufruto do direito ao descanso remunerado, do que exsurge cristalino o seu caráter indenizatório.”

ACÓRDÃO:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO INCIDÊNCIA: AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PRIMEIROS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO DOENÇA/ACIDENTE. FÉRIAS INDENIZADAS. INCIDÊNCIA: SALÁRIO-MATERNIDADE. GRATIFICAÇÕES. ADICIONAL NOTURNO. HORA EXTRA. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

(...)

5. Quanto às verbas referentes às férias indenizadas não são pagas em decorrência da contraprestação pelo trabalho ou tempo à disposição do empregador, mas sim como retribuição pela ausência de usufruto do direito ao descanso remunerado, do que exsurge cristalino o seu caráter indenizatório.”

Em relação à verba honorária anoto que a sentença condenou a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados sobre o valor da vantagem econômica, nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3.º, I e §4.º, III do CPC, **sendo que a União Federal não se insurgiu contra referida condenação em suas razões de apelação.**

Anoto que a sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica que obrigue a autora ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre valores relativos aos primeiros quinze dias que antecedem a concessão do auxílio doença e do auxílio acidente, férias indenizadas e salário-maternidade. No julgamento realizado por este E. TRF a apelação da União Federal foi provida apenas para declarar a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade. Entretanto, não obstante ter tido seu recurso julgado parcialmente procedente perante este E. TRF foi a União Federal que deu causa ao ajuizamento da ação. E o princípio da causalidade determina que a parte que der causa ao ajuizamento da ação ou à instauração do incidente processual responde pelas despesas deles decorrentes, conforme pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do representativo de controvérsia REsp nº 1.111.002 /SP. Apesar da parte autora não ter se saído vencedora na interposição do recurso de apelação foi vencedora nos pedidos de inexistência da contribuição social em relação aos quinze primeiros dias que antecedem o auxílio doença/acidente e às férias indenizadas.

Não houve inversão do ônus da sucumbência pois o pedido inicial não foi julgado improcedente com a interposição do recurso pela União Federal, sendo mantida a parcial procedência da pretensão autoral ainda que em menor abrangência, levando-se em conta que a União Federal é que deu causa ao ajuizamento da ação.

Em relação à inexistência de pedido nas razões de apelação da parte autora para que o Tribunal majorasse os honorários advocatícios em sede recursal anoto que tal imposição decorre de lei, especificamente do artigo 85, § 11 do CPC o qual determina que o Tribunal, ao julgar recurso, **deverá majorar os honorários fixados anteriormente**, e esta é a situação que se delinea nos autos, os honorários que foram arbitrados na sentença foram majorados por este E. Tribunal, não existindo qualquer vício em relação a este ponto.

Por conseguinte, as supostas omissões no acórdão “quanto aos dispositivos constitucionais e à legislação que rege a matéria, e, em especial, no tocante ao mérito, quanto ao disposto nos arts. 22, I, 28, I, § 9º da Lei nº 8.212/1991, 60, § 3º da Lei nº 8.213/1991, 457, 458 e 487, §§ 1º e 6º, da CLT, bem como nos arts. 97, 150, §6º, 194, 195, I, “a”, § 5º, e 201, § 11, da Constituição Federal”, quanto ao RE 593.068, e sobre a não incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e sobre as gratificações, prêmios, abonos e bônus não devem ser reconhecidas, sendo que o acórdão não merece reparos.

A discordância das embargantes quanto à conclusão da Turma julgadora **nestes pontos** não traduz vício sanável por embargos, sendo manifesto o intuito das embargantes de promoverem nova discussão sobre o que já foi decidido, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

Não se conformar com a exegese dos dispositivos que orientaram a conclusão judicial não a torna omissa, pois, tendo apreciado as questões controvertidas, conferindo-lhes o enquadramento adequado, o julgado cumpriu seu escopo.

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, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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, voto por **rejeitar** os embargos de declaração opostos pela Volkswagen Participações Ltda. e **acolher parcialmente** os embargos de declaração opostos pela União Federal somente para sanar erro material, nos termos supra.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. ALEGAÇÃO ACOLHIDA. OMISSÃO. AUSENTES DEMAIS VÍCIOS. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. Alega a União Federal que o abono pecuniário de férias não foi objeto de questionamento na inicial e assiste-lhe razão em relação a este ponto, devendo ser reconhecida a existência de erro material e desconsiderada a fundamentação pertinente.
2. Os presentes embargos de declaração devem ser integrados ao acórdão, de modo que as questões pertinentes ao abono pecuniário de férias sejam desconsideradas do referido texto.
3. Em relação à verba honorária anoto que a sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados sobre o valor da vantagem econômica, nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3.º, I e §4.º, III do CPC. A União Federal não se insurgiu contra referida condenação em suas razões de apelação.

4. Em segundo grau de jurisdição a parcial procedência do pedido foi mantida, ainda que em menor abrangência, sendo mantida a condenação da União Federal nas verbas da sucumbência, incidindo na espécie o princípio da causalidade, o qual determina que a parte que der causa ao ajuizamento da ação ou à instauração do incidente processual responde pelas despesas deles decorrentes, conforme pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do representativo de controvérsia REsp nº 1.111.002/SP.

5. A majoração dos honorários advocatícios no âmbito dos Tribunais independe de pedido neste sentido já que a lei processual civil impõe tal providência em seu artigo 85, § 11, estabelecendo que “*o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente*”, sendo esta a situação que se delinea nos autos.

6. Por conseguinte as supostas omissões ventiladas pelas embargadas não são reconhecidas, não merecendo reparo o acórdão nestes pontos. A discordância das embargantes quanto à conclusão da Turma julgadora não traduz vício sanável por embargos, sendo manifesto o intuito das embargantes de promoverem nova discussão sobre o que já foi decidido, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

7. Não se conformar com a exegese dos dispositivos que orientaram a conclusão judicial não a torna omissa, pois, tendo apreciado as questões controvertidas, conferindo-lhes o enquadramento adequado, o julgado cumpriu seu escopo.

8. 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, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

9. Embargos de declaração da parte autora rejeitados. Embargos de declaração da União Federal parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos pela Volkswagen Participações Ltda. e acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pela União Federal somente para sanar erro material, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004487-18.2018.4.03.6000

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

APELANTE: RUBENS FERNANDO FERNANDES

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA MINARI - MS14457-A, RENATA TRAMONTINI FERNANDES - MS14127-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004487-18.2018.4.03.6000

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

APELANTE: RUBENS FERNANDO FERNANDES

Advogados do(a) APELANTE: MARCELA MINARI - MS14457-A, RENATA TRAMONTINI FERNANDES - MS14127-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HELIO NOGUEIRA (RELATOR): Trata-se de embargos de declaração (ID 95142255) opostos por RUBENS FERNANDO FERNANDES contra a decisão proferida por esta Primeira Turma que ao julgar a apelação n. 5004459-50.2018.403.6000, decidiu questão relacionada ao valor da causa, discutida no presente Incidente de Impugnação do Valor da Causa intentado pela União, ainda na vigência do CPC/73 (número originário 0010638-95.2012.4.03.6000), obedecendo a sistemática do CPC/2015 e cujo acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. MILITAR DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO NO CURSO DA CARREIRA. DECRETO 68.951/1971. ATO DE EFEITO CONCRETO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NEGADO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS 443/STF E 85/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. Valor da causa. Ao pugnar pelo ressarcimento em preterição, não há que se falar em de causa de valor inestimável, vez que o pedido refere-se ao pagamento das diferenças de soldo na graduação de Capitão a que aduz o apelante fazer jus, nos termos em que demonstrado pela parte ré, nos autos da ação de Impugnação do Valor da Causa (5004487-18.2018.4.03.6000), desde 2007, posto que considerada a prescrição quinquenal das parcelas vencidas.

2. Assim, diante da possibilidade de aferição do proveito econômico almejado ou estimativa dele, mantido, o valor da causa em R\$ 47.181,00 (quarenta e sete mil, cento e oitenta e um reais).

3. A jurisprudência vem aplicando, reiteradamente, o Decreto n. 20.910/1932, o qual foi recepcionado pela CRFB com a natureza jurídica de lei ordinária.

4. Buscando o autor, as promoções de Terceiro-Sargento da Aeronáutica até o posto de Capitão, com base no Decreto n. 68.951/71, segundo alega, descumprido entre os anos de 1968 a 1988, sob argumento de que deveriam ter ocorrido entre 1971 e 1980, sendo, portanto, a data dos atos de promoção que pretendem rever, os marcos iniciais das pretensões deduzidas em Juízo.

5. Não cabe aqui a alegação das Súmulas n. 85/STJ e n. 443/STF. É que, no caso sob apreciação, não se discutem meros efeitos financeiros de direito já reconhecido, mas sim o próprio direito à revisão dos atos de promoção no curso da carreira de militar (fundo do direito), restando afastada a orientação contida nas súmulas acima citadas, uma vez que diz respeito a ato único de efeito concreto.

6. Transcorridos mais de cinco anos entre o ajuizamento da ação (21.08.2012) e os atos administrativos questionados pelo demandante, bem como da negativa da administração em 1987, prescrita a pretensão.

7. Apelação a que se nega provimento.

O embargante alega obscuridade e omissão no *decisum*.

Refere que a União, quando da impugnação ao valor da causa, não apresentou qualquer elemento capaz de determinar a majoração do valor apresentado na peça exordial e que a presente ação não possui conteúdo econômico imediatamente aferível, devendo ser mantido o valor atribuído à causa na peça original.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator): São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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 como 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).

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

Inexistem vícios apontados pela embargante.

No caso, é patente o intuito da embargante de discutir a juridicidade do provimento impugnado, o que deve ocorrer na seara recursal própria, e não pela via dos declaratórios.

A decisão embargada analisou a questão atinente ao valor da causa conforme excerto a seguir transcrito:

(...) Aduz a apelante que deve ser mantido o valor originalmente atribuído à causa, de R\$ 1.000,00 (um mil reais), posto que o proveito econômico seria inestimável.

Ao pugnar pelo ressarcimento em preterição, porém, não há falar de causa de valor inestimável.

O pedido refere-se ao pagamento das diferenças de soldo na graduação de Capitão, a que aduz o apelante fazer jus, havendo, portanto, possibilidade de aferição do proveito econômico almejado ou estimativa dele.

Assim, entendo deva ser mantido o valor da causa em R\$ 47.181,00 (quarenta e sete mil, cento e oitenta e um reais), nos termos em que demonstrado pela parte ré nos autos da ação de Impugnação do Valor da Causa (5004487-18.2018.4.03.6000), valor este que considerou o valor do soldo de Capitão e, ainda, a prescrição quinquenal das parcelas vencidas, ou seja, desde 2007.

(...)

Evidencia-se, assim, a oposição dos presentes embargos 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, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

Ante o exposto, rejeito os presentes embargos de declaração.

Translade-se cópia desta decisão para os autos da Apelação n. 5004459-50.2018.4.03.6000.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material, inócorrentes na espécie.
2. Ainda que se pretenda a análise da matéria destacada para fins de pré-questionamento, em momento algum ficou demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022, incisos I, II e III do Novo CPC, de modo que se impõe a rejeição dos presentes embargos de declaração.
3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021707-50.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SERAFIM CHAGAS DOS SANTOS

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARLENE HELENA DA ANUNCIACAO - DF11868, NAURIMAR ADRIANO DOMINGOS DA ANUNCIACAO LACERDA - SC54668

AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021707-50.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SERAFIM CHAGAS DOS SANTOS
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARLENE HELENADAANUNCIACAO - DF11868, NAURIMARADRIANO
DOMINGOS DAANUNCIACAO LACERDA - SC54668
AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo por instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, interposto por SERAFIM CHAGAS DOS SANTOS, contra a decisão que em sede de Ação de Cumprimento Provisório de Sentença proferida em Ação Civil Pública que tramitou perante 3ª Vara Federal do Distrito Federal, declinou da competência para o foro do domicílio do Autor, qual seja, a Subseção Judiciária de Naviraí-MS.

Em suas razões, alega o agravante, em síntese, que o artigo 101, I do CDC traz a possibilidade e não obrigatoriedade da propositura da ação no foro de domicílio do réu. É consectário lógico ser uma faculdade do autor/consumidor optar por uma delas, sendo que, no presente caso, o autor optou pelo domicílio/agência do réu- Banco do Brasil, onde se entabulou o negócio jurídico em litígio.

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal (Id90191947).

Apresenta o Agravante emenda à minuta do agravo, com pedido de reconsideração.

Insurge-se a agravante contra a decisão monocrática, reiterando os argumentos no sentido de que estão presentes os requisitos legais para a concessão da tutela recursal, haja vista a impossibilidade de reconhecimento de ofício da competência relativa.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021707-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: SERAFIM CHAGAS DOS SANTOS
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARLENE HELENADAANUNCIACAO - DF11868, NAURIMARADRIANO
DOMINGOS DAANUNCIACAO LACERDA - SC54668
AGRAVADO: BANCO DO BRASIL SA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Recebo à emenda e o pedido de reconsideração como agravo interno.

Na hipótese, apesar das alegações da agravante, não vislumbro razões para alteração da decisão agravada.

Nos termos do art. 1.019, I, do CPC, o Relator do agravo de instrumento poderá suspender os efeitos da decisão recorrida ou antecipar a pretensão recursal, desde que também presentes os requisitos previstos no art. 995, parágrafo único, do mesmo diploma legal, ou seja, se da imediata produção dos efeitos da decisão recorrida houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Conforme consignado na decisão recorrida, não houve demonstração da probabilidade de provimento do recurso. Como efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não há prevenção do Juízo que julgou a ação coletiva para o processamento das respectivas execuções judiciais, sendo possível o ajuizamento da execução individual no domicílio do autor, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL NO DOMICÍLIO DO AUTOR. FORO DIVERSO DAQUELE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO.

1. A Corte Especial do STJ fixou, sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que "a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário" (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12.12.2011). 2. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos arts. 475-A e 575, II, do Código de Processo Civil, pois inexistente interesse apto a justificar a prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial.

2. Obrigar os beneficiados pela sentença coletiva a liquidá-la e a executá-la no foro em que a ação coletiva foi julgada implicaria em inviabilização da tutela dos direitos individuais. 3. No mesmo sentido: AgRg na Rcl 10.318/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 29.4.2013; CC 96.682/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 23.3.2010; REsp 1.122.292/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.10.2010; AgRg no REsp 1.316.504/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 20.8.2013; REsp 1.098.242/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.10.2010 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no CC 131.642/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 21/03/2014)

Assim, a liquidação decorrente de sentença coletiva poderá ser intentada perante o foro no qual tramitou a ação de conhecimento, sem prevenção do juízo que julgou a demanda coletiva, ou do foro do domicílio do exequente..

Como se observa, a decisão agravada foi fartamente motivada, com exame de aspectos fáticos do caso concreto e aplicação da legislação específica e jurisprudência consolidada, sendo que o agravo apenas reiterou o que já havia sido antes deduzido e já enfrentado e vencido no julgamento monocrático, não restando, portanto, espaço para a reforma postulada.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

Peço vênia ao Relator para divergir de seu voto, pelas razões que passo a expor:

Com efeito, no caso concreto, verifica-se que o autor, ora agravante, ajuizou liquidação de sentença que foi distribuída ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS (5000031-73.2019.4.03.6005), referente a uma Ação Civil Pública que tramitou perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília/DF (0008465-28.1994.4.01.3400).

Vê-se que a opção do agravante pelo ajuizamento da demanda naquele local foi em razão de ter celebrado contrato bancário de financiamento rural com o Banco do Brasil em agência estabelecida em Ponta Porã/MS.

Nada obstante, o Juízo de Origem declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Naviraí/MS, com competência para processar e julgar os feitos relativos ao município de Tacuru/MS, onde o exequente é domiciliado.

Tenho que o recurso merece provimento.

Isto porque o C. Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, fixou a tese de que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)”.

Transcrevo a ementa do acórdão:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ, REsp nº 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe: 12/12/2011) (destaquei).

Não há dúvidas, portanto, de que é possível aos exequentes o ajuizamento do cumprimento de sentença em seus domicílios.

E, sendo assim, não menos certo é que o ajuizamento da ação no foro de seu domicílio se trata de uma faculdade processual conferida ao exequente com vistas à facilitação da defesa de seus interesses em juízo, dando concretude não só ao princípio da inafastabilidade da jurisdição como, mais ainda, ao dever do Estado de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXII e XXXV).

Transcrevo, por oportuno, o voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, nos autos do precedente já mencionado:

“(...)

3.3. Assim, levando-se em conta os princípios norteadores para correta interpretação do código em comento, sobretudo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; princípio esse que conduz ao subprincípio da facilitação de sua defesa em juízo, **causa perplexidade determinar que o consumidor deva, necessariamente, deslocar-se ao juízo onde foi proferida a sentença coletiva, para só então promover a liquidação/execução individual.**

Se o consumidor pretendesse ajuizar individualmente a ação de conhecimento, poderia fazê-lo em seu próprio domicílio, cuja execução também poderia nesse foro tramitar (art. 101, inciso I, e art. 98, § 2º, inciso I, do CDC).

O entendimento baseado exclusivamente no veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, CDC, retira do consumidor esse benefício nos casos de execução individual de sentença coletiva.

Ou seja, **o benfazejo instrumento da ação civil pública, que deve facilitar o acesso do consumidor à justiça, acabaria por dificultar ou mesmo inviabilizar por completo a defesa do consumidor em juízo,** circunstância que, por si, desaconselha tal interpretação.

Ademais, caso todas as execuções individuais de ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores, ações essas que comportam, por vezes, milhares de consumidores prejudicados, tivessem de ser propostas no mesmo juízo em que proferida a sentença transitada em julgado, inviabilizar-se-ia o trabalho desse foro, com manifesto prejuízo à administração da justiça.

3.4. Com efeito, **deve-se franquear ao consumidor o foro do seu próprio domicílio para o ajuizamento da liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública.**

De fato, muito embora tenha sido vetado o parágrafo único do art. 97, permanece hígido o art. 98, o qual possui a seguinte redação:

(...)

Ora, o só fato de o § 2º prever que é competente para a execução o juízo ou da liquidação ou da ação condenatória revela, seguramente, que o juízo da liquidação pode ser diverso do juízo da ação condenatória. O dispositivo perderia totalmente o sentido caso a liquidação de sentença devesse ser pleiteada, necessariamente, no juízo da condenação.

É claro, pois, que a melhor técnica interpretativa sugere que a lei não possui palavras inúteis.

Com efeito, **havendo possibilidade de a liquidação tramitar em foro diverso da ação condenatória, não há dúvida de que esse foro diferente pode também ser o do domicílio do consumidor, levando-se em conta a existência dessa faculdade para a ação individual de conhecimento (art. 101, inciso I), bem como os princípios do próprio Código, dentre os quais se destacam o reconhecimento da vulnerabilidade (art. 4º), a garantia de facilitação de sua defesa em juízo e de acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, incisos VII e VIII, do CDC).**

Revela-se extreme de dúvidas que o dispositivo engendrou dois sistemas diversos de execução de sentença coletiva, um para o caso de execução individual, outro para o caso de execução também coletiva. No caso de execução individual da sentença coletiva, levando-se em conta a vulnerabilidade do consumidor; há mais de um foro competente, inclusive o de seu próprio domicílio, ao passo que no caso de execução coletiva, há somente o foro da sentença condenatória.

(...)

Finalmente, é importante ressaltar que a Lei n. 11.323/05, que acrescentou o art. 475-P ao CPC, no desiderato de facilitar e incremento de efetividade do processo de execução, franqueou ao vencedor optar, para o pedido de cumprimento de sentença, "pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado" (art. 475-P, parágrafo único, do CPC). 3.6. Com efeito, como ocorreu no caso dos autos, pode o consumidor ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio, e não se há falar em limites territoriais da coisa julgada, como argumenta o recorrente".

(...)” (destaquei).

E, tratando-se de faculdade conferida ao consumidor exequente, certo é que pode ele abrir mão da benesse, optando por litigar no foro da ação condenatória, no foro de seu próprio domicílio ou mesmo no foro do lugar dos fatos, como pretende o agravante, sendo certo que esta última hipótese se encontra respaldada pela regra geral de competência do foro do lugar onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu, nos termos do art. 53, III, b do Código de Processo Civil, que transcrevo:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

a) de domicílio do guardião de filho incapaz;

b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;

c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;

d) de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar; nos termos da [Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 \(Lei Maria da Penha\)](#); [\(Incluída pela Lei nº 13.894, de 2019\)](#)

II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

III - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica;

b) onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu;

c) onde exerce suas atividades, para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

e) de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto;

f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;

IV - do lugar do ato ou fato para a ação:

a) de reparação de dano;

b) em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios;

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

Naturalmente, decorre do princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo que tal regra geral de competência não seja derogada pelas previsões especiais do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de se restringir indevidamente o seu acesso ao judiciário.

Ante o exposto, voto por **dar provimento** ao agravo de instrumento para reconhecer a competência da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS para processar e julgar o feito originário, divergindo do voto do E. Relator.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. EFEITO SUSPENSIVO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 1.019, I, do CPC, o Relator do agravo de instrumento poderá suspender os efeitos da decisão recorrida ou antecipar a pretensão recursal, desde que também presentes os requisitos previstos no art. 995, parágrafo único, do mesmo diploma legal, ou seja, se da imediata produção dos efeitos da decisão recorrida houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

2. Na hipótese, não há demonstração dos requisitos legais, a justificar a concessão da antecipação da tutela recursal.

3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por maioria, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do

relator Des. Fed. Helio Nogueira, acompanhado pela Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Des. Fed. Wilson Zauhy que dava provimento ao agravo de instrumento para reconhecer a competência da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS para processar e julgar o feito originário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001247-30.2019.4.03.6115
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: MARILIA DE ALMEIDA ROCHA, NATHALIA ROCHA VIDAL
Advogado do(a) APELADO: CELSO BENEDITO CAMARGO - SP136774-A
Advogado do(a) APELADO: CELSO BENEDITO CAMARGO - SP136774-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001247-30.2019.4.03.6115
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: MARILIA DE ALMEIDA ROCHA, NATHALIA ROCHA VIDAL
Advogado do(a) APELADO: CELSO BENEDITO CAMARGO - SP136774-A
Advogado do(a) APELADO: CELSO BENEDITO CAMARGO - SP136774-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação interposta pela UNIÃO contra sentença (IDs 100750822), proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de São Carlos, que concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar, fim de tornar sem efeito o ato de exclusão da coautora/impetrante, MARÍLIA DE ALMEIDA ROCHA, da declaração de dependentes de sua filha, NATHALIA ROCHA VIDAL, militar da Aeronáutica, e, conseqüentemente, que fosse reincluída para fins de gozo da assistência médico-hospitalar e odontológica disponibilizada pela respectiva Organização Militar. Sem honorários.

Em suas razões de apelação (ID 100750826), a UNIÃO pretende a reforma da sentença e alega que:

- uma das condições para que uma pessoa possa se enquadrar na categoria jurídica de dependente de militar é que não receba remuneração, nos termos do art. 50 da Lei 6.880/80;
- qualquer montante recebido para a subsistência da pessoa e que seja proveniente, direta ou indiretamente do trabalho (como proventos de aposentadoria e pensões), deve ser considerado como remuneração para os fins do § 4º do art. 50 da Lei nº 6.880/80.
- a manutenção de pessoas que não são legalmente dependentes do militar no Sistema de Assistência à Saúde Militar irá a curto prazo inviabilizar todo o sistema, inclusive para aqueles que legitimamente se enquadrarem no rol de dependentes do militar, conforme estabelecido no aludido art. 50, §§ 2º a 4º, do Estatuto dos Militares;
- a permanência da primeira impetrante na condição de beneficiária do sistema de assistência médico-hospitalar da Aeronáutica não encontra guarida, conforme o estabelecido no art. 50, IV, “e”, § 2º, III e VII, do Estatuto dos Militares, bem como nos itens 5.1, “e”, 5.2.1, 6.1, letra “a” e 6.4, das Normas para Prestação da Assistência Médico-Hospitalar no SISAU (NSCA 160-5/2017);

- o ato atacado, objeto da presente ação, não se reveste de qualquer ilegalidade ou abusividade, trata-se de estrita observância dos ditames legais, especialmente no que tange à condição de dependente de militar e, por conseguinte, aos direitos consecutórios ao acesso ao Fundo de Saúde da Aeronáutica (FUNSA).

Com as contrarrazões (ID 100750828), vieram os autos a esta Corte Federal.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001247-30.2019.4.03.6115
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: MARILIA DE ALMEIDA ROCHA, NATHALIA ROCHA VIDAL
Advogado do(a) APELADO: CELSO BENEDITO CAMARGO - SP136774-A
Advogado do(a) APELADO: CELSO BENEDITO CAMARGO - SP136774-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Admissibilidade

Tempestivo o recurso, dele conheço. Recebo –o em seu regular efeito.

Passo ao exame da matéria devolvida.

Dos fatos

Trata-se de mandado de segurança impetrado a fim reincluir/manter a Impetrante Marília de Almeida Rocha no rol de cadastro de dependentes de sua filha Nathalia Rocha Vidal, militar da Aeronáutica, na condição de beneficiária do Fundo de Saúde da Aeronáutica (FUNSA), possibilitando desta maneira a continuidade na prestação da assistência médico-hospitalar e odontológica pelas Organizações de Saúde da Aeronáutica (OSA), pertencentes do Sistema de Saúde da Aeronáutica (SISAU), a qual já usufruía há 07 (sete) anos.

Consta dos autos que a militar, após requer, em 12/04/2019, junto à Organização Militar para fins de recadastramento, a manutenção de sua genitora, MARILIA DE ALMEIDA ROCHA, como beneficiária da prestação de assistência médico-hospitalar e odontológica por parte dos órgãos de saúde do Sistema de Saúde da Aeronáutica (SISAU), alteração da condição de dependente, de mãe divorciada para mãe inválida/interdita, nos moldes estabelecidos na norma, constatou que, sem qualquer Despacho Decisório e mesmo notificação, sua genitora foi excluída, em 28.05.2019, como dependente, estando impossibilitada de continuar a ser beneficiária do Fundo de Saúde da Aeronáutica (FUNSA) e, conseqüentemente, de usufruir da prestação da assistência médico-hospitalar e odontológica.

De outro turno, a União sustenta a legalidade do ato que excluiu a autora, posto que a mesma não se enquadra na condição de beneficiária da assistência à saúde pelo FUNSA, conforme a legislação de regência: art. 50 da Lei n. 6.880/80 e das Normas para Prestação de Assistência Médica-Hospitalar no SISAU – NSCA 160-5.

A permanência da impetrante MARILIA na condição de beneficiária do sistema de assistência médico-hospitalar da Aeronáutica não encontra guarida, conforme o estabelecido no art. 50, IV, “e”; § 3º, “b”, do Estatuto dos Militares, bem como nos itens 5.1, “k”, 5.5, 6.1, letra “b” e 6.4, das Normas para Prestação da Assistência Médico-Hospitalar no SISAU (NSCA 160-5/2017), posto que inexistente relação de dependência da Primeira Impetrante com sua filha militar. A duas, porque, na condição de aposentada por invalidez pelo INSS, a Impetrante passou a receber remuneração.

Há que se reconhecer que o sentido que a expressão “desde que não receba remuneração” deve estar ligada à condição de hipossuficiência financeira ou à dependência propriamente dita.

Acrescenta não ser função da Força Aérea Brasileira prestar assistência à saúde nem dos seus efetivos, tampouco dos dependentes, de seus familiares e pensionistas não havendo lei, em sentido estrito, que atribua, às Organizações de Saúde das Forças Armadas, o dever de arcar com os ônus de prover assistência de saúde aos seus militares e familiares.

Vejamos.

Verifica-se na hipótese que a Aeronáutica, com base na NSCA 160-5, aprovada pela Portaria COMGEP nº 643/3SC, de 12 de abril de 2017, excluiu a coautora MARILIA DE ALMEIDA ROCHA do cadastro de beneficiários de assistência médico hospitalar (AMH) sob o argumento de que a mesma, por auferir remuneração, não mais enquadrar-se-ia como dependente econômico da militar.

O direito a assistência médica encontra-se previsto na Lei 6.880/90 (Estatuto dos Militares), cuja abrangência compreende serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, assegurado ao militar e a seus dependentes:

Art. 50. São direitos dos militares:

(...)

IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:

(...)

e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários;

(...)

No mesmo artigo, o Estatuto do Militar também enumera aqueles que são considerados dependentes:

(...) § 2º São considerados dependentes do militar:

I - a esposa;

II - o filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou interdito;

III - a filha solteira, desde que não receba remuneração;

IV - o filho estudante, menor de 24 (vinte e quatro) anos, desde que não receba remuneração;

V - a mãe viúva, desde que não receba remuneração;

VI - o enteado, o filho adotivo e o tutelado, nas mesmas condições dos itens II, III e IV;

VII - a viúva do militar, enquanto permanecer neste estado, e os demais dependentes mencionados nos itens II, III, IV, V e VI deste parágrafo, desde que vivam sob a responsabilidade da viúva;

VIII - a ex-esposa com direito à pensão alimentícia estabelecida por sentença transitada em julgado, enquanto não contrair novo matrimônio.

§ 3º São, ainda, considerados dependentes do militar, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto, e quando expressamente declarados na organização militar competente:

a) a filha, a enteada e a tutelada, nas condições de viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

b) a mãe solteira, a madrasta viúva, a sogra viúva ou solteira, bem como separadas judicialmente ou divorciadas, desde que, em qualquer dessas situações, não recebam remuneração;

c) os avós e os pais, quando inválidos ou interditos, e respectivos cônjuges, estes desde que não recebam remuneração;

d) o pai maior de 60 (sessenta) anos e seu respectivo cônjuge, desde que ambos não recebam remuneração;

e) o irmão, o cunhado e o sobrinho, quando menores ou inválidos ou interditos, sem outro arrimo;

f) a irmã, a cunhada e a sobrinha, solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, desde que não recebam remuneração;

g) o neto, órfão, menor inválido ou interdito;

h) a pessoa que viva, no mínimo há 5 (cinco) anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial;

i) a companheira, desde que viva em sua companhia há mais de 5 (cinco) anos, comprovada por justificação judicial; e

j) o menor que esteja sob sua guarda, sustento e responsabilidade, mediante autorização judicial.

§ 4º Para efeito do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, não serão considerados como remuneração os rendimentos não-provenientes de trabalho assalariado, ainda que recebidos dos cofres públicos, ou a remuneração que, mesmo resultante de relação de trabalho, não enseje ao dependente do militar qualquer direito à assistência previdenciária oficial.

Da leitura da norma, depreende-se que a genitora do militar será enquadrada como dependente se viúva ou solteira sem remuneração ou se inválida ou interdita também sem remuneração, sendo imprescindível a comprovação da dependência econômica.

Ressalta-se, ainda, que o §4º do art. 50 da lei n. 6.880/80 não considera como remuneração “os rendimentos não-provenientes de trabalho assalariado, ainda que recebidos dos cofres públicos, ou a remuneração que, mesmo resultante de relação de trabalho, não enseje ao dependente do militar qualquer direito à assistência previdenciária oficial”.

Curial destacar, também, que as NORMAS PARA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA MÉDICO HOSPITAL NO SISTEMA DE SAÚDE DA AERONÁUTICA – NSC 160-5, aprovadas pela Portaria n. 643/3, de 12 de abril de 2017, no que tange aos genitores dos militares, qualifica-os como beneficiários exclusivos do AMH e do FUNSA nas seguintes situações:

(...)

5 BENEFICIÁRIOS DO FUNSA

5.1 Serão considerados beneficiários do FUNSA, para fins de indenização da assistência à saúde prevista nesta norma, os usuários abaixo especificados:

i) os beneficiários da pensão militar de primeira e segunda ordem de prioridade, previstos nos itens I e II, do Art. 7º da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960 (Lei da Pensão Militar) nas condições e limites nela estabelecidos;

j) a mãe viúva do militar contribuinte, desde que não receba remuneração;

k) a mãe solteira do militar contribuinte, desde que resida sob o mesmo teto, viva exclusivamente sob sua dependência econômica, e não receba remuneração;

(...)

6 BENEFICIÁRIOS EXCLUSIVOS DA AMH

6.1 Serão considerados beneficiários exclusivamente da assistência à saúde (AMH), não contribuintes do Fundo de Saúde da Aeronáutica, os dependentes do militar abaixo especificados, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto e quando expressamente declarados e comprovados na Organização Militar do titular:

b) a mãe separada judicialmente ou divorciada, a sogra viúva, solteira, separada judicialmente ou divorciada e a madrasta viúva, desde que, em quaisquer dessas situações, não recebam remuneração e enquanto não constituírem qualquer tipo de união estável;

c) os avós e os pais, quando inválidos ou interditos, e respectivos cônjuges, desde que não recebam remuneração;

d) o pai maior de 60 (sessenta) anos e seu respectivo cônjuge, desde que ambos não recebam remuneração;

(...)

Destaco, ainda, que o referido regulamento em seu item 6.4 explicita o conceito de remuneração nos seguintes termos: “Para efeito do disposto neste capítulo serão considerados como remuneração os rendimentos provenientes de aposentadoria, de pensão por morte e de pensão militar”.

Quanto ao conceito de remuneração, é assente na jurisprudência que o citado regulamento extrapolou o disposto no Estatuto dos Militares, ao restringir a qualidade de dependente aos genitores que não percebessem aposentadoria ou pensão, como ocorre no caso ora posto.

Nesse sentido, o posicionamento desta Colenda Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR. MANUTENÇÃO DEPENDENTE NO FUNSA. PENSIONISTA. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. RECURSO NEGADO.

1. A matéria tratada nos autos diz respeito ao dever da Administração Pública Militar prestar assistência médica aos militares e aos seus dependentes.

2. Conforme se depreende da Lei nº 6.880/80, é direito dos militares: Art. 50. São direitos dos militares: (...) IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas: (...) e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários.

3. Tal direito é reforçado pelo Decreto nº 92.512/86, que estabelece: Art. 1º O militar da Marinha, do Exército e da Aeronáutica e seus dependentes têm direito à assistência médico-hospitalar, sob a forma ambulatorial ou hospitalar, conforme as condições estabelecidas neste decreto e nas regulamentações específicas das Forças Singulares.

4. Assim, ao contrário do quanto alegado pela União, verifica-se que há legislação suficiente que assegura aos militares e seus dependentes o direito à assistência médico-hospitalar.

5. Conforme se depreende dos autos, a autora é pensionista da Aeronáutica, em virtude do falecimento de seu genitor. Verifica-se, ainda, que a autora era beneficiária do FUNSA.

6. Sendo assim, em consonância com o disposto no art. 50, §2º, da Lei nº 6.880/80, conclui-se que a autora é dependente de militar, sendo que a ela é assegurado por lei o direito à assistência médico-hospitalar.

7. Vale ressaltar que não há que se considerar a ausência de dependência em virtude do óbito do militar, vez que foi exatamente esta a razão pela qual a autora passou a ser pensionista. Tampouco pode-se considerar que a pensão militar recebida seja remuneração, como argumenta a apelante, nos termos do art. 50, §4º, da Lei nº 6.880/82.

8. Ademais, como bem ressaltado na r. sentença recorrida: “A Norma de Serviço do Comando da Aeronáutica nº 160-5 (NSCA 106-5), excluiu as pensionistas de militares do rol de dependentes legalmente previstos (ID 12905013), todavia, quando o Estatuto dos Militares se refere aos dependentes de militar, não se refere a perda da condição de dependente, por ocasião da morte do instituidor; tampouco da perda do direito à assistência médico-hospitalar.

Assim, não poderia a norma infralegal excluir das pensionistas o direito à assistência médica, quando tal discrimen não tem amparo legal.

Deve, assim, ser concedida a medida liminar para assegurar a manutenção da Impetrante no Sistema de Saúde dos Militares e Pensionistas da Aeronáutica - SISAU.”

9. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. ASSISTÊNCIA MÉDICA. FUNDO DE ASSISTÊNCIA DA AERONÁUTICA. PORTARIA COMGEP nº 643/3SC, de 12/04/2017. MERA REGULAMENTAÇÃO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Trata-se de questão inerente à cessação de descontos destinados ao fundo de saúde da Aeronáutica- FAMHS, com a exclusão da beneficiária do dito plano de assistência médica, por força de recadastramento efetivado conforme determinação da NSCA NÚMERO 160-5 DE 2017 (Normas para Prestação da Assistência Médico-Hospitalar no Sistema de Saúde da Aeronáutica).

- Referida normatização estabeleceu em seu item 5.2.1., o limite de idade de 24 anos para as filhas pensionistas perderem a condição de beneficiário do Fundo de Saúde, bem como no item 5.5. da referida NSCA-160-5, bem como que a pensão militar se enquadraria no conceito de “remuneração”, afastando a condição de dependente para beneficiar-se da assistência médica.

- Não há no diploma legal (Lei nº 6.880/80) qualquer limite de idade para que a filha do militar seja considerada sua beneficiária. Por sua vez, o ato normativo (5.5. da Portaria CONGEP nº 643/3SC), ao explicitar conceito de “remuneração” não se presta apenas à atividade regulamentadora, mas ingressa acerca dos requisitos dos beneficiários, alcançando esfera que extrapola à mera regulamentação legal e ao que dispõe o §4º do art. 50 do Estatuto dos Militares, violando assim o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF/1988).

- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022389-39.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 07/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/08/2019)

Na hipótese a exclusão de MARILIA DE ALMEIDA ROCHA se deu em função da mesma perceber proventos de aposentadoria por invalidez (NB 551.223.509-1 (ID 100747380)).

Entretanto, o Estatuto dos Militares, como sobredito, expressamente destaca que não se considera “remuneração” os rendimentos não provenientes de trabalho assalariado, ainda que recebidos dos cofres públicos, ou a remuneração que, mesmo resultante de relação de trabalho, não enseje ao dependente qualquer direito a benefício previdenciário, o que se enquadra na hipótese dos autos, posto que a autora percebe aposentadoria por invalidez.

Além disso, a impetrante MARILIA já constava no cadastro de dependentes de NATHALIA desde 07/2011 (ID 700747372) na qualidade de mãe divorciada, ou seja, a própria Administração Militar já havia reconhecido a qualidade de dependente da genitora sem que tenha havido mudança no contexto fático.

Nesta esteira, registro que em inspeção de saúde realizada na impetrante MARILIA DE ALMEIDA ROCHA, em 01.2019, pela Junta Superior de Saúde do DIRSA, a mesma obteve o seguinte parecer: “ESTA IMPOSSIBILITADA TOTAL E PERMANENTEMENTE PARA QUALQUER TRABALHO NÃO PODENDO PROVER OS MEIOS DE SUBSISTÊNCIA”, a corroborar a qualidade de dependente em relação a à filha militar reconhecida anteriormente.

Logo escoreita a sentença que confirmou a liminar deferida, para tornar sem efeito o ato de exclusão da coautora/impetrante MARILIA DE ALMEIDA ROCHA da declaração de dependentes de sua filha, a militar NATHÁLIA ROCHA VIDAL, e, conseqüentemente, determinar a reinclusão para fins de gozo da assistência médico-hospitalar e odontológica disponibilizada pela Organização Militar.

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. LEI Nº 6.880/80. FILHA. DEPENDÊNCIA RECONHECIDA. ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO AO RESTABELECIMENTO. O direito à pensão militar, bem como à correlata assistência médico-hospitalar, é regido pela legislação vigente à época do óbito do seu instituidor. Militar falecido em dezembro de 1982. Aplicação do art. 50, § 2º, III, e § 4º, da Lei nº 6.880/80. Os proventos de aposentadoria não são considerados como remuneração. De outro lado, a Lei nº 6.880/80 não estabeleceu valor máximo de aposentadoria. Assim, é inviável a pretensão da Administração de, anos e anos após definida a situação, suspender a assistência médica hospitalar que vinha fornecendo à impetrante desde a data do óbito. Remessa necessária e apelação desprovidas. (TRF2. 0054395-40.2018.4.02.5101. Classe: Apelação / Reexame Necessário - Recursos - Processo Cível e do Trabalho. Órgão julgador: VICE-PRESIDÊNCIA

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. AERONÁUTICA. PENSIONISTA. DEPENDÊNCIA COMPROVADA. REQUISITO PREVISTO EM LEI. FUNSA. CONTRIBUIÇÃO. DIREITO À ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. IMPROVIMENTO. 1 - Cuida-se de remessa necessária e apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido para determinar que a União promovesse a reinclusão da demandante como beneficiária do Fundo de Saúde da Aeronáutica (FUNSA), garantindo assim a continuidade na prestação de assistência médico-hospitalar e odontológica da Aeronáutica. 2 - O Estatuto dos Militares destaca o direito à assistência médico-hospitalar; especificamente, dos militares e de seus dependentes, logo, estando comprovada a condição de dependência, assegura-se o direito ao benefício. 3 - Embora a União Federal tenha argumentado que a autora não teria direito a ser reconhecida a sua condição de dependente do militar, após o seu falecimento, para fins de assistência médico-hospitalar; fato é que a própria Aeronáutica reconheceu a condição, tanto que lhe concedeu a pensão militar. 4 - Considerando que a condição de pensionista tem como premissa a situação de dependência, não se mostra possível conceber uma coisa dissociada da outra. 5 - É cabível, portanto, o direito da apelada à assistência médico-hospitalar do sistema de saúde da Aeronáutica, mediante contribuição, conforme já vinha sendo realizado. 6 - Honorários advocatícios majorados em 1% (um por cento), sobre o valor a ser apurado na fase de liquidação, nos termos do art. 85, §11º, do CPC. 7 - Apelação parcialmente conhecida e, nesta parte, improvida. Remessa necessária conhecida e improvida. (TRF2. 0021914-24.2018.4.02.5101. Classe: Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho. Órgão julgador: VICE-PRESIDÊNCIA. Data de decisão 16/04/2019. Data de disponibilização 26/04/2019. Relator GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA)

Dispositivo

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso e ao reexame necessário.**

É o voto.

EMENTA

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. SISTEMA DE SAÚDE DA AERONÁUTICA. REINCLUSÃO. GENITORA. QUALIDADE DE DEPENDENTE. REMUNERAÇÃO. ART. 50 DA LEI N. 6.880/80. NSC 160-5. EXTRAPOLAÇÃO LEI DE REGÊNCIA. APELO E REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDOS.

1. Reexame Necessário e Apelação interposta pela UNIÃO contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de São Carlos, que concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar, fim de tornar sem efeito o ato de exclusão da coautora/impetrante da declaração de dependentes de sua filha, militar da Aeronáutica, e, conseqüentemente, que fosse reincluída para fins de gozo da assistência médico-hospitalar e odontológica disponibilizada pela respectiva Organização Militar. Sem honorários.
2. O direito a assistência médica encontra-se previsto na Lei 6.880/90 (Estatuto dos Militares), cuja abrangência compreende serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, assegurado ao militar e a seus dependentes e, também, enumera aqueles que são considerados dependentes do militar (art.50).
3. Da leitura da norma, depreende-se que a genitora do militar será enquadrada como dependente se viúva ou solteira sem remuneração ou se inválida ou interdita também sem remuneração, sendo imprescindível a comprovação da dependência econômica. Ressalta-se, ainda, que o §4º do art. 50 da lei n. 6.880/80 não considera como remuneração “os rendimentos não-provenientes de trabalho assalariado, ainda que recebidos dos cofres públicos, ou a remuneração que, mesmo resultante de relação de trabalho, não enseje ao dependente do militar qualquer direito à assistência previdenciária oficial”.
4. As NSC 160-5, aprovadas pela Portaria n. 643/3, de 12 de abril de 2017, no que tange aos genitores dos militares, qualifica-os como beneficiários exclusivos do AMH e do FUNSA. O referido regulamento em seu item 6.4 explicita o conceito de remuneração nos seguintes termos: “Para efeito do disposto neste capítulo serão considerados como remuneração os rendimentos provenientes de aposentadoria, de pensão por morte e de pensão militar”.
5. Quanto ao conceito de remuneração, é assente na jurisprudência que o citado regulamento extrapolou o disposto no Estatuto dos Militares, ao restringir a qualidade de dependente aos genitores que não percebessem aposentadoria ou pensão.
6. Entretanto, o Estatuto dos Militares, como sobredito, expressamente destaca que não se considera “remuneração” os rendimentos não provenientes de trabalho assalariado, ainda que recebidos dos cofres públicos, ou a remuneração que, mesmo resultante de relação de trabalho, não enseje ao dependente qualquer direito a benefício previdenciário, o que se enquadra na hipótese dos autos, posto que a autora percebe aposentadoria por invalidez.
7. Além disso, a impetrante já constava no cadastro de dependentes da filha militar desde 07/2011, na qualidade de mãe divorciada, ou seja, a própria Administração Militar já havia reconhecido a sua qualidade de dependente sem que tenha havido mudança no contexto fático. Ao contrário, em inspeção de saúde realizada em 01.2019, pela Junta Superior de Saúde do DIRSA, a mesma obteve o seguinte parecer: “ESTA IMPOSSIBILITADA TOTAL E PERMANENTEMENTE PARA QUALQUER TRABALHO NÃO PODENDO PROVER OS MEIOS DE SUBSISTÊNCIA”, a corroborar a qualidade de dependente em relação à filha militar reconhecida anteriormente.
8. Apelação e reexame necessário não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao recurso e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005997-15.2018.4.03.6114

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BLISFARMA ANTIBIOTICOS EIRELI

Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005997-15.2018.4.03.6114

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BLISFARMA ANTIBIOTICOS EIRELI

Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal contra o acórdão proferido por esta Turma, que, por unanimidade, assim deliberou:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO. LEI 13.670/2018. SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DO REGIME DURANTE O EXERCÍCIO FISCAL EM CURSO. CONFIANÇA QUE DEVE EMERGIR DO ESTADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A constante modificação de regime tributário acarreta insegurança jurídica, levando aos agentes econômicos, que detém os meios de produção e que impulsionam a economia do país a uma situação de desamparo.

2. A preservação da segurança jurídica deve se sobrepor ao interesse arrecadatório, possibilitando que as empresas que optaram, no início do ano fiscal, pelo regime de tributação das contribuições previdenciárias sobre a receita bruta, confiantes de que aquela opção seria respeitada pelo Estado, porque nos termos da Lei seria ela irretroatável, possam, até o término do exercício fiscal dela valer-se.

3. Ao exercer a opção pelo regime da CPRB, que a Lei nº 13.161/2015 qualificada como irretroatável, o faz em confiança ao mandamento legal e, assim, não pode se ver frustrado pelo Estado que deve orientar-se pela preservação das leis, evitando gerar instabilidade jurídica. Precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. Apelação e Reexame não providos.

Alega-se, em síntese, que o v. acórdão deixou de se manifestar a respeito da correta aplicabilidade dos dispositivos legais e constitucionais regentes da matéria, reiterando as alegações de que não há direito adquirido à desoneração tributária, bem como que a regra de irretroatabilidade prevista na Lei nº 12.546/2011 dirige-se apenas ao contribuinte e não à Administração.

Requer, assim, o recebimento dos embargos para que seja sanado o vício apontado ou, ao menos, para fins de pré-questionamento da matéria.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005997-15.2018.4.03.6114

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BLISFARMA ANTIBIOTICOS EIRELI

Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 143/996

VOTO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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 no 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);

No caso, é manifesto o intuito da embargante de promover nova discussão sobre a matéria, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

Na verdade, não passa de mera manifestação do inconformismo da embargante, sendo clara a sua intenção, em via transversa, de modificar o julgado, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foi tirado os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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.

Por fim, nos termos do artigo 1025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. ART. 1.025 DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada.

2. Não passa de mera manifestação do inconformismo da embargante, sendo clara a sua intenção, em via transversal, de modificar o julgamento, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

3. A interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção (art. 1.025 do CPC).

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5027279-88.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TACS - TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5027279-88.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TACS - TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração de opositos pela Fazenda Nacional (Id. 90391839) contra o acórdão proferido por esta Turma, que, por unanimidade, assim deliberou (Id. 56701663):

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E A OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO DOENÇA/ACIDENTE. COMPENSAÇÃO. ART. 26-A DA LEI Nº 11.457/2007. ART. 170-A DO CTN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

1. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC, sobre a incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de salário-maternidade e salário paternidade, e a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

2. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

3. Compensação nos termos do art. 26-A da Lei nº 11.457/2007 (introduzido pela Lei 13.670/18) e da Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18.

4. A Lei Complementar n. 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença.

5. O STF, no RE n. 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE n. 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005.

6. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

7. Apelação da União desprovida. Remessa oficial parcialmente provida.

Sustenta a União que não há jurisprudência consolidada sobre as verbas discutidas. Alega que as contribuições, nos termos do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, incidem sobre os pagamentos efetuados a qualquer título e é irrelevante a sua natureza remuneratória ou indenizatória, pois a lista de exceções prevista no artigo 28, §9º, da Lei 8.212/91 constitui rol taxativo. Defende a impossibilidade de equiparação das contribuições destinadas a terceiros a receita tributária. Também sustenta a incidência das contribuições sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento antes da concessão do auxílio-doença e a título de terço constitucional de férias, em razão da sua habitualidade. Alega, ainda, omissão quanto ao posicionamento do STF sobre a matéria discutida no RE 565.160. Afirmo que o entendimento firmado no julgamento do Resp nº 1.230.957/RS não se aplica ao caso de contribuições destinadas a entidades terceiras, por se tratarem de situações distintas (*distinguish*), bem como que o entendimento firmado no julgamento desse recurso especial foi superado pelo julgamento do RE 565.160 (*overruling*). Requer o prequestionamento da matéria.

É o relatório.

APELADO: TACS - TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO
LAGUNA - SP182696-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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);

No caso, é patente o intuito da embargante de discutir a juridicidade do provimento impugnado, o que deve ocorrer na seara recursal própria, e não pela via dos declaratórios.

Cumpra observar que, nos termos do artigo 1025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foi tirado os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

E nem se alegue omissão quanto ao posicionamento do STF sobre a matéria discutida no RE 565.160. No referido Recurso Extraordinário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o alcance da expressão "*folha de salários*" para fins de instituição de contribuição social sobre o total das remunerações (repercussão geral do Tema 20), fixando a seguinte tese: "*A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998*".

Todavia, cumpre salientar que o Recurso Extraordinário nº 565.160/SC não abarcou a discussão sobre a natureza jurídica das verbas questionadas (se remuneratórias ou indenizatórias). Restou consignado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.160/SC, a teor dos fundamentos dos Exmos. Ministros, que a análise sobre a natureza jurídica das rubricas não cabe ao STF, por se tratar de matéria adstrita ao âmbito infraconstitucional. Se não, vejamos excertos dos votos dos Eminentes Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Edson Fachin, respectivamente:

"Destaque-se, por fim, que descabe a esta Corte definir a natureza indenizatória ou remuneratória de cada parcela, eis que tal discussão não possui status constitucional, conforme amplamente vem sendo reconhecido pela jurisprudência. Compete tão somente a este colegiado a interpretação dos dispositivos constitucionais em relação ao tema, de modo que deles só é possível extrair a necessidade de pagamento com habitualidade e em decorrência da atividade laboral, para fins de delimitação da base de cálculo da contribuição previdenciária do empregador e conseqüente interpretação do conceito de "folha de salários"

"Dessa forma, não se busca aqui definir, individualmente, a natureza das verbas ou, mais importante se foram pagas com habitualidade ou eventualidade, e quais delas estão habilitadas ou não para compor a base de cálculo da contribuição. Isso, na esteira da jurisprudência desta Corte, é matéria de índole infraconstitucional. De toda sorte, penso que não há aqui nenhuma incompatibilidade desse entendimento expressado pelo Tribunal em diversos julgados, e ao qual me filio, com o que estamos decidindo agora no presente caso. Embora guardem relação, penso que são situações distintas e, de todo modo, fato é que tal análise sobre a natureza jurídica de cada verba não é objetivo do acórdão que reconheceu a repercussão geral do tema."

"No tocante à segunda distinção proposta entre parcelas de natureza remuneratória e indenizatória, entende-se que essa matéria não desafia a via do apelo extremo, pois inexistente um conceito constitucionalizado de renda ou indenização. A esse respeito, veja-se que o Poder Constituinte remeteu ao âmbito legal a definição dos casos em que os ganhos habituais do empregado são incorporados ao salário para fins de contribuição previdenciária, consoante o disposto no art. 201, §11, da Constituição da República."

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado iterativamente pela infraconstitucionalidade de controvérsias relativas à definição da natureza jurídica de verba para fins de tributação, seja por contribuição previdenciária, seja por imposto de renda."

Nesse sentido também o aresto emanado do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES

1. A jurisprudência desta Suprema Corte entende ser de índole infraconstitucional a discussão da natureza da verba (remuneratória ou indenizatória) para fins de incidência de tributo. 2. Nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015.

(RE-AgR 967780, ROBERTO BARROSO, STF.)

Outrossim, oportuno consignar que ao tratar da contribuição social em causa, estão excluídas de sua incidência as verbas indenizatórias. Neste sentido, trago à baila o escólio da Exma. Ministra Cármen Lúcia, quando do julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 565.160/SC:

"Ao tratar, em sede doutrinária, do conceito de salário extraído do art. 195, inc. I, al. a, da Constituição da República, Leandro Paulsen defende a necessidade de ser essa norma constitucional interpretada em conjunto com o § 11 do art. 201 da Constituição, para compreender, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, "os ganhos habituais do empregado a qualquer título", com exclusão apenas das vantagens consideradas de natureza indenizatória (PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 125-126"

"Consideradas as expressões postas na Constituição da República ao tratar da contribuição social, não se pode admitir que sua incidência se dê sobre verbas de natureza indenizatória, pois essas não estão abrangidas pelas expressões "folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (...)" ou "ganhos habituais do empregado, a qualquer título". Se a finalidade das verbas indenizatórias é a simples recomposição do patrimônio do empregado, não há como enquadrá-las como salário, rendimentos ou ganhos."

Infere-se, portanto, que o caráter habitual do pagamento, por si só, não determina a incidência da contribuição previdenciária, sendo imprescindível a análise, **no âmbito infraconstitucional**, da natureza jurídica de cada uma das verbas discutidas.

Assim, diversamente do alegado pela União, **não há relação de prejudicialidade** entre a tese exarada pelo STF no RE nº 565.160/SC e o Recurso Especial nº 1.230.957/RS que, afetado à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a natureza indenizatória das verbas pagas a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e nos quinze primeiros dias que antecedem a concessão de auxílio-doença/acidente.

A propósito, vale mencionar o recente aresto emanado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.230.957/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18.3.2014), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou orientação no sentido de que não incide contribuição previdenciária (RGPS) sobre o terço constitucional de férias, ainda que gozadas.

2. No julgamento do RE 565.160, o STF concluiu que: "A contribuição social, a cargo do empregador, incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20 de 1998." No referido julgado, a Suprema Corte ratificou a orientação do STJ no sentido de que incide contribuição previdenciária sobre os adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno. Contudo, a verba terço constitucional de férias não foi objeto de discussão naquele recurso.

3. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento.

4. Agravo interno não provido. ..EMEN: (AIRES 201701256077, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/10/2017 ..DTPB:.) - g.n.

Com efeito, o acórdão proferido por esta Primeira Turma está em absoluta consonância com a tese fixada pelo STF, porquanto o referido aresto analisou, no âmbito infraconstitucional, a natureza jurídica de cada uma das verbas, definindo-se o caráter remuneratório ou indenizatório dos pagamentos, de modo a permitir ou não sua exclusão da base de cálculo da contribuição social em causa, com base na atual jurisprudência dominante do C. STJ e desta Corte Regional.

Ademais, 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.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição ou omissão, conforme artigo 1.022 do novo CPC ou, por construção jurisprudencial, erro material, incorrentes na espécie.

2. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003267-92.2017.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BANCO JOHN DEERE S.A.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: BANCO JOHN DEERE S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003267-92.2017.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BANCO JOHN DEERE S.A.

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: BANCO JOHN DEERE S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL e por BANCO JOHN DEERE S.A. e suas filiais contra o acórdão proferido por esta Turma, que, por unanimidade, assim deliberaram:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE. SALÁRIO MATERNIDADE. FÉRIAS GOZADAS. COMPENSAÇÃO. ART. 26-A DA LEI Nº 11.457/2007. ART. 170-A DO CTN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC.

1. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC, sobre a incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de salário-maternidade, e a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

2. O Relator do Recurso Especial nº 1.230.957/RS, Ministro Herman Benjamin, expressamente consignou a natureza salarial da remuneração das férias gozadas. Assim, sendo Recurso Especial sob o rito do art. 543-C, sedimentou jurisprudência que já era dominante no Superior Tribunal de Justiça.

3. Compensação nos termos do art. 26-A da Lei nº 11.457/2007 (introduzido pela Lei 13.670/18) e da Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18.

4. A Lei Complementar n. 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença.

5. O STF, no RE n. 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE n. 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005.

6. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

7. Remessa oficial e apelação da União não providas. Apelação da impetrante parcialmente provida.

A União Federal alega que o acórdão deixou de se manifestar sobre a aplicabilidade do artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, assim como do artigo 28, § 9º, do mesmo diploma legal, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.528/1997. Sustenta, ainda, que o acórdão é omissivo quanto à negativa de vigência aos artigos 195, § 5º e 201, § 11, da Constituição Federal e também aos artigos 97 e 103-A da Carta Magna.

Afirma, igualmente, haver omissão no que tange às demais matérias suscitadas, ou seja, da inclusão das verbas pagas a título auxílio-doença/acidente e do adicional de 1/3 de férias na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Sustenta ainda que o entendimento firmado no julgamento do REsp nº 1.230.957/RS foi superado pelo julgamento do RE 565.160 (*overruling*).

Por fim, justifica a interposição para fins de prequestionamento da matéria.

Já a impetrante requer que sejam acolhidos os Embargos de Declaração com fins prequestionatórios especificamente em relação aos artigos 22 e 23 da Lei 8.212/91, artigo 28, § 9º da Lei 8.212/91, artigo 7º, incisos XVIII, XVII e XXI, artigo 154, I, artigo 195, § 4º, artigo 195, inciso I, “a”, artigo 240 e art. 150, I, todos da CF/88, art. 97 e art. 110, ambos do CTN, art. 457 da CLT, art. 109 da IN RFB nº 971/2009, art. 201, § 11, da CF/88, art. 28, I e § 1º, da Lei 8.212/91, art. 71 da Lei 8.213/91 e art. 89 da Lei 8.212/91, art. 74 da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art. 26-A da Lei nº 13.670/18, art. 66 da Lei nº 8.383/91.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003267-92.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BANCO JOHN DEERE S.A.
Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S
APELADO: BANCO JOHN DEERE S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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 rejugamento 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);

Nos termos do artigo 1025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

No caso, é manifesto o intuito das embargantes de promover nova discussão sobre o que já foi decidido, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

Os demais argumentos aduzidos nos recursos dos quais foram tirados os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração** interpostos pela impetrante e pela União Federal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. ART. 1.025 DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material, inócidentes na espécie.

2. A interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção (art. 1.025 do CPC).

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração interpostos pela impetrante e pela União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002557-75.2017.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA LTDA, UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA LTDA, UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA LTDA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002557-75.2017.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA LTDA, UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA LTDA, UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA LTDA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICIO, ENSINO E PESQUISA

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal contra o acórdão proferido por esta Turma, que, por unanimidade, assim deliberou:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. TERÇO CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE. NÃO INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.

1. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC/1973, sobre a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de terço constitucional de férias, auxílio-doença /acidente (período pago pelo empregador). (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

2. Não há relação de prejudicialidade entre a tese exarada pelo STF no RE nº 565.160/SC e o Recurso Especial nº 1.230.957/RS que, afetado à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a natureza indenizatória das verbas pagas a título de terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado.

3. Desnecessária a juntada de todas as guias a comprovar o efetivo recolhimento dos tributos os quais o autor reputa indevido, uma vez que eventual compensação deverá ocorrer no âmbito administrativo, no momento do encontro de contas, por conta e risco do contribuinte, restando limitada a abrangência da tutela jurisdicional à declaração do direito à compensação.

4. Com o advento da Lei nº 13.670/18, restou revogado o parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007 e, em contrapartida, incluído o artigo 26-A, que prevê, expressamente, a aplicação do artigo 74 da Lei 9.430/96, para a compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições, observados os requisitos e limites elencados, sujeitos à apuração da administração fazendária.

5. A Lei Complementar n. 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença, proibição confirmada pela Corte Superior; na sistemática do recurso repetitivo. (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

6. Sentença parcialmente reformada.

Alega, em síntese, que o v. acórdão deixou de se manifestar quanto à aplicabilidade dos: “arts. 2º, 7º, XVII, 97, 150, §6º, 194, 195, I, ‘a’, §5º, caput, 201, caput e § 11 da CF; 22, I e II, §2º, 28, §9º, da Lei nº 8.212/91, 29, §3º, 60, §3º, 63 da Lei nº 8.213/91, 485 da CLT, 214, §4º, do Decreto nº 3.048/99 (...); sendo, ainda, contraditório quanto ao entendimento firmado pelo C. STF no julgamento do RE 565.160-6/SC.”

Para fins de prequestionamento, requer a expressa manifestação quanto ao disposto nos arts. 22, I §2º, 28, §9º da Lei nº 8.212/91, 60, §3º e 63 da Lei nº 8.213/91, 111, I e II, do CTN, 269, I, 7º, XVII, 97, 149, 150, §6º, 194, caput e VI, 195, caput, I, ‘a’, II, e § 5º, 201, caput e §§ 1º e 11 da Constituição Federal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002557-75.2017.4.03.6104

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICO, ENSINO E PESQUISA LTDA, UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICO, ENSINO E PESQUISA LTDA, UNISEPE UNIAO DAS INSTITUICOES DE SERVICO, ENSINO E PESQUISA LTDA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICO, ENSINO E PESQUISA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICO, ENSINO E PESQUISA, IESEP - INSTITUTO EDUCACIONAL DE SERVICO, ENSINO E PESQUISA

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

Advogados do(a) APELADO: MATHEUS HENRIQUE COSTA MAIA - MG140255, WESLEY SOUZA LEMOS - MG144936, PEDRO BURALLI MIRANDA - MG1466220A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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);

No caso, é manifesto o intuito da embargante de promover nova discussão sobre a matéria, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

Na verdade, não passa de mera manifestação do inconformismo da embargante, sendo clara a sua intenção, em via transversa, de modificar o julgado, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foi tirado os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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.

Por fim, nos termos do artigo 1025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. ART. 1.025 DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada.

2. Não passa de mera manifestação do inconformismo da embargante, sendo clara a sua intenção, em via transversa, de modificar o julgado, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

3. A interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção (art. 1.025 do CPC).

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012237-96.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GMI REVESTIMENTOS EIRELI

Advogados do(a) APELADO: VANESSA LILIAN SILVA - SP344134-A, MARCIA DAS NEVES PADULLA - SP108137-A,

ANDREA GOUVEIA JORGE - SP172669-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012237-96.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GM REVESTIMENTOS EIRELI

Advogados do(a) APELADO: VANESSA LILIAN SILVA - SP344134-A, MARCIA DAS NEVES PADULLA - SP108137-A,

ANDREA GOUVEIA JORGE - SP172669-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal contra o acórdão proferido por esta Turma, que, por unanimidade, assim deliberou:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (COTA PATRONAL, SAT/RAT, ENTIDADES TERCEIRAS). TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. AUXÍLIO-DOENÇA (PRIMEIRA QUINZENA). COMPENSAÇÃO. ATUALIZAÇÃO DO INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO DO FGTS. EXIGIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA PARCIALMENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC/1973, sobre a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de terço constitucional de férias e importância paga nos quinze ou trinta dias que antecedem o auxílio-doença/acidente. (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

2. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições destinadas a terceiros (SEBRAE, SENAI, INCRA, FNDE), na medida em que a base de incidência das mesmas também é a folha de salários.

3. Não sendo imposto ou contribuição previdenciária, na verdade, estando mesmo alheio ao regime tributário, nos termos do enunciado da Súmula nº 353 do Superior Tribunal de Justiça, a composição da base de cálculo da contribuição social ao FGTS não está afeta a valorações acerca da natureza da verba incidente, com fulcro no art. 195, I, "a" da Carta Magna. Assim, lídima a incidência da contribuição ao FGTS sobre as verbas em testilha.

4. O direito à compensação/restituição se fará administrativamente, tendo a Fazenda Pública a prerrogativa de apurar o montante devido.

5. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo (Súmula 162/STJ), até a sua efetiva restituição e/ou compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já inclui os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

6. Apelação provida parcialmente.

Alega, em síntese, que o v. acórdão deixou de se manifestar quanto à aplicabilidade dos: “arts. 2º, 7º, XVII, 97, 150, §6º, 194, 195, I, ‘a’, §5º, *caput*, 201, *caput* e § 11 da CF; 22, I e II, §2º, 28, §9º, da Lei nº 8.212/91, 29, §3º, 60, §3º, 63 da Lei nº 8.213/91, 485 da CLT, 214, §4º, do Decreto nº 3.048/99 (...); sendo, ainda, contraditório quanto ao entendimento firmado pelo C. STF no julgamento do RE 565.160-6/SC.”

Afirma, ainda, que a decisão colegiada incorreu em contradição ao afastar da base de cálculo das contribuições de terceiros os mesmos pagamentos afastados da base das contribuições previdenciárias, bem como omitiu-se quanto às restrições da compensação das contribuições repassadas às entidades paraestatais.

Para fins de prequestionamento, requer a expressa manifestação quanto ao disposto nos arts. 22, I e II, §2º, 28, §9º da Lei nº 8.212/91, 60, §3º e 63 da Lei nº 8.213/91, 111, I e II, do CTN, 269, I, 333, I, do CPC/73, 373, I, 485, VI, §3º, do CPC/15, 2o e 5o do Decreto-Lei nº 1.146/70 (INCRA), 15 da Lei nº 9.424/96 (FNDE), 8o , parágrafo 3o , da Lei nº 8.029/90 (SEBRAE), art. 4º do Decreto-Lei nº 8.621/46 (SENAC), art. 3o , parágrafo 1o , do Decreto-Lei nº 9.853/46 (SESC), art. 4º do Decreto-lei nº 4.048/42 (SENAI), 3º do Decreto-lei nº 9.043/46 (SESI), 7º, XVII, 97, 103-A, 149, 150, §6º, 194, *caput* e VI, 195, *caput*, I, ‘a’, II, e § 5º, 201, *caput* e §§ 1º e 11, 212, §5º, 240 da Constituição Federal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5012237-96.2017.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GM REVESTIMENTOS EIRELI

Advogados do(a) APELADO: VANESSA LILIAN SILVA - SP344134-A, MARCIA DAS NEVES PADULLA - SP108137-A,

ANDREA GOUVEIA JORGE - SP172669-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535 do CPC de 1.973 - (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), não se apresentando como via adequada 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 rejugamento 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);

No caso, é manifesto o intuito da embargante de promover nova discussão sobre a matéria, o que deve ocorrer por meio da via recursal adequada, e não pela via dos embargos de declaração.

Na verdade, não passa de mera manifestação do inconformismo da embargante, sendo clara a sua intenção, em via transversa, de modificar o julgado, o que é inviável em sede de embargos de declaração.

Os demais argumentos aduzidos no recurso do qual foi tirado os presentes embargos de declaração não têm o condão de modificar, nem mesmo em tese, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (artigo 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015).

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.

Por fim, nos termos do artigo 1025 do Novo Código de Processo Civil, a interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. ART. 1.025 DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada.
2. Não passa de mera manifestação do inconformismo da embargante, sendo clara a sua intenção, em via transversal, de modificar o julgado, o que é inviável em sede de embargos de declaração.
3. A interposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, no pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção (art. 1.025 do CPC).
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001737-10.2018.4.03.6108

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

APELANTE: ROTOMIXBRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001737-10.2018.4.03.6108

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

APELANTE: ROTOMIXBRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal (Fazenda Nacional) contra o acórdão que negou provimento à remessa necessária e deu parcial provimento ao recurso de apelação, nos seguintes termos (ID 90200664):

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. PRIMEIROS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO DOENÇA. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. SALÁRIO MATERNIDADE. HORAS EXTRAS. ABONO ESPECIAL E ABONO POR APOSENTADORIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCIDÊNCIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DOS PAGAMENTOS NOS TERMOS DA LEI Nº 10.101/2000. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA E RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ pacificou o entendimento, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C, do CPC/73, sobre a incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos pelo empregador a título de salário-maternidade, e, por outro lado, a não incidência de contribuição previdenciária nos valores pagos a título de terço constitucional de férias e importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença (REsp nº 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014).

2. No que tange aos reflexos do aviso prévio indenizado sobre o décimo terceiro salário, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a referida verba não é acessória do aviso prévio indenizado, mas de natureza remuneratória assim como a gratificação natalina (décimo-terceiro salário).

3. Eliminada do ordenamento jurídico a alínea 'b' do § 8º do art. 28, vetada quando houve a conversão da MP n. 1.596-14 na Lei n. 9.528/97, é indubitoso que o abono de férias, nos termos dos artigos 143 e 144 da CLT, não integra o salário-de-contribuição.

4. O adicional de horas-extras possui caráter salarial, conforme art. 7º, XVI, da CF/88, e Enunciado nº 60, do TST. Consequentemente, sobre ele incide contribuição previdenciária. Precedentes.

5. 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.

6. Embora a impetrante tenha sustentado que os valores pagos aos empregados sob a rubrica de "abono especial e abono de aposentadoria" não constituem pagamentos habituais, as alegações apresentadas mostram-se genéricas, no sentido de que se estaria a tratar de ganhos eventuais pagos em caráter excepcional e provisório, não havendo, porém, qualquer comprovação nesse sentido.

7. Remessa necessária **não provida** e recurso de apelação **parcialmente provido**, para declarar a não incidência de contribuição previdenciária patronal sobre as verbas pagas a título de abono pecuniário, terço constitucional de férias e nos primeiros quinze dias que antecedem a concessão de auxílio-doença/acidente.

A Embargante pleiteia o conhecimento e provimento do recurso, fundando suas pretensões na suposta existência de obscuridade e omissões no acórdão impugnado (ID 97470195).

Sustenta, em síntese, que o acórdão deixou de se manifestar acerca da orientação fixada pelo STF no RE 565.160, a qual representa uma superação do entendimento anteriormente estabelecido pelo STJ no sentido da vinculação do tema ao caráter indenizatório das verbas, bem como em relação ao RE 611.505/SC, cuja decisão sobre a repercussão geral não transitou em julgado. No que tange às contribuições em exame, sustenta a constitucionalidade e legalidade de sua incidência, aduzindo a ocorrência de omissão quanto à apreciação dos artigos 97; 103-A; 150, § 7º; 195, I, a, e § 5º; e 201, § 11, todos da CR/88; art. 22, I, e art. 28, I, § 9º, ambos da Lei 8.212/1991; art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/1991; e art. 487, §§ 1º e 6º, da CLT. Pugna, assim, pela manifestação expressa do Tribunal sobre os referidos dispositivos normativos, para que sejam sanados os vícios apontados, bem como para fins de questionamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001737-10.2018.4.03.6108

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

APELANTE: ROTOMIXBRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São cabíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial contiver pelo menos um dos vícios trazidos pelo art. 1.022, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - antigo art. 535, do CPC de 1.973 - (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 LEWANDO WSKI, DJE 25/03/2011; AIAgRED 697928, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJE 18/03/2011), não se apresentando como via adequada 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 só, 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).

Nos termos do artigo 1.025, do Código de Processo Civil, a oposição dos embargos de declaração implica, tacitamente, o pré-questionamento da matéria, sendo desnecessária a sua expressa menção.

No caso, é patente o intuito da embargante de discutir a juridicidade do provimento impugnado, o que deve ocorrer na seara recursal própria, e não pela via dos declaratórios.

Percebe-se que os vícios apontados pela recorrente se evidenciam 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, o acórdão combatido, de vez que aqueles de maior relevância à elucidação do julgado foram devidamente apreciados (art. 1.022, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil).

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. Ainda, no mesmo sentido:

“O art. 93, IX, da Constituição Federal não determina que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas sim que ele explicita as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento”.

Ante o exposto, voto por **rejeitar** os embargos de declaração, restando inalterado o acórdão recorrido.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A intenção de rediscutir a matéria e obter novo julgamento pela Turma não encontra nos embargos de declaração a via processual adequada, já que é cabível tal recurso quando na decisão prolatada houver obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material, incorrentes na espécie.
2. Ainda que se pretenda a análise da matéria destacada para fins de pré-questionamento, em momento algum ficou demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, de modo que se impõe a rejeição dos presentes embargos de declaração.
3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003447-90.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PRISCILLA ANDREAZZA REBELO

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA ANDREAZZA REBELO - SP257101

AGRAVADO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Advogados do(a) AGRAVADO: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO - SP124071-A, RUBENS JOSE

NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A, LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003447-90.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PRISCILLA ANDREAZZA REBELO

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA ANDREAZZA REBELO - SP257101

AGRAVADO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Advogados do(a) AGRAVADO: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO - SP124071-A, RUBENS JOSE

NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A, LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela União Federal (Fazenda Nacional), contra decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara das Execuções Fiscais da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, que determinou o cumprimento de acórdão transitado em julgado nos autos do REsp 1.079.212/SP, oriundo dos embargos à execução nº 0516319-21.1995.403.6182, para anular os débitos tributários constituídos nas NFLDs nº 31.820.556-4, 31.613.779-0, 31.613.812-6, 31.910.975-5 e 31.910.998-4, incluídas as contribuições destinadas a entidades terceiras.

Sustenta a Agravante, em síntese, que a decisão recorrida, ao dar cumprimento ao acórdão exarado pelo STJ, estendeu indevidamente seu objeto para abranger também as contribuições destinadas a terceiros, as quais, porém, não foram compreendidas dentre as matérias veiculadas no âmbito dos referidos embargos à execução. Requer, assim, a reforma da decisão agravada, para que seja mantida a execução das contribuições de terceiros (ID 511418).

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (ID 585997).

A Agravada apresentou contrarrazões (ID 668792).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003447-90.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PRISCILLA ANDREAZZA REBELO

Advogado do(a) AGRAVANTE: PRISCILLA ANDREAZZA REBELO - SP257101

AGRAVADO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Advogados do(a) AGRAVADO: LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIOTTO - SP124071-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A, LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR)

A matéria devolvida ao exame desta Corte será examinada com base na fundamentação que passo a analisar topicamente.

Do auxílio-creche e auxílio-babá

Os valores percebidos a título de auxílio-creche, benefício trabalhista de nítido caráter indenizatório, não integram o salário-de-contribuição. Isto porque, é pago como o escopo de substituir obrigação legal imposta pela Consolidação das Leis do Trabalho que, em seu art. 389, assim enuncia:

"Os estabelecimentos em que trabalhem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação."

Consoante Portaria n. 3.296/86 do Ministério do Trabalho, tal exigência pode ser substituída pelo reembolso-creche. Assim dispõe seu artigo 1º:

"Art. 1º - Ficam as empresas e empregadores autorizados a adotar o sistema de Reembolso-creche, em substituição à exigência contida no § 1º, do art. 389, da CLT, desde que obedecem as seguintes exigências: I - o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente, despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade."

A reforçar tal entendimento, a Lei n. 9.528/97, introduziu ao § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/91 a seguinte hipótese:

"§ 9º - Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso-creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas."

Assim, é de se verificar que o "auxílio-creche" não remunera o trabalhador, mas o indeniza por ter sido privado de um direito previsto no art. 389, § 1º, da CLT. Dessa forma, como não integram o salário-de-contribuição, não há incidência da contribuição previdenciária.

Nesse sentido o verbete sumular nº 310/STJ: "*O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição*".

O auxílio-creche possui natureza indenizatória, cuja finalidade é ressarcir o contribuinte dos valores despendidos no pagamento de creche, nos termos do art. 208, IV, da CF, com a redação dada pela EC nº 53/2006. Não há, portanto, incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a tal título.

Nesse sentido é a jurisprudência do STF: ARE n. 639337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23/08/2011, DJe 15/09/2011, pág. 125; RE n. 384201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 26/04/2007, DJe 03/08/2007, pág. 890.

Semelhantemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da não incidência da contribuição social sobre os valores pagos a título de auxílio-babá (REsp n. 489.955, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.04.05; REsp n. 413.651, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 08.06.04; REsp n. 387.492, Rel. Min. José Delgado, j. 21.02.02).

No que se refere às exigências normativas para o benefício, cabe à Administração, no momento da compensação, observar o seu cumprimento, nos termos da legislação em vigor.

No caso em exame, o STJ, quando do julgamento do REsp 1.079.212/SP, oriundo dos embargos à execução nº 0516319-21.1995.403.6182, adotou entendimento consentâneo com tais precedentes, para reconhecer que o auxílio-creche e o auxílio-babá, por possuírem natureza indenizatória, não integram o salário-de-contribuição (ID 511476 – p. 68/70).

Contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos

As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

Nesse sentido, a decisão agravada observou que "ao julgar totalmente procedentes os embargos, a sentença concluiu que a incidência das contribuições exigidas na execução fiscal, sejam elas previdenciária ou de terceiros, era ilegal, pois a natureza da verba tinha cunho indenizatório (...). Assim, ao embargar a execução fiscal, é evidente que a Executada questionou todo o crédito tributário exigido (contribuições previdenciárias ou de terceiro), alcance reconhecido na sentença prolatada e que não foi objeto de questionamento pela Exequente no momento oportuno" (ID 511470 – p. 18).

Dessa forma, o Juízo *a quo* determinou o cumprimento da decisão transitada em julgado nos autos dos embargos à execução nº 0516319-21.1995.403.6182, no que tange à inexigibilidade das contribuições incidentes sobre as verbas pagas a título de auxílio-creche e auxílio-babá, em relação a todos os débitos tributários relacionados na exordial, inclusive quanto àquelas destinadas a terceiros.

Neste ponto, não há que se falar em violação ao princípio da congruência (art. 492, do CPC/2015) e em decisão *extra petita*.

No que concerne à adequada interpretação do pedido, de acordo com a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2005, esclarece a doutrina:

"Ainda que mantenha a certeza como exigência do pedido, o art. 322, § 2º, do Novo CPC prevê que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, dando a entender que a certeza poderá advir não do pedido expresso, mas de interpretação conjunta da postulação. (...) Segundo o Superior Tribunal de Justiça, deve-se promover a interpretação lógico-sistemática do pedido, extraindo-se o que se pretende com a instauração da demanda de todo o corpo da petição inicial e não apenas da leitura de sua parte conclusiva".

Evidência, a apreciação do pedido deve abranger tudo o quanto alegado na exordial, em consonância com uma interpretação lógico-sistemática da pretensão autoral (art. 322, § 2º, do CPC/2015).

Nesse sentido, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, já estabelecia a jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. REGIME DE BENS. EFEITOS SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM ANTERIOR AO CASAMENTO.

1. Recurso especial em que se discute, além de possível julgamento extra petita, os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens, em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato.

2. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo, em consideração ao pleito global formulado pela parte.

(...)

6. Recurso provido.

(REsp 1.263.234/TO, T3 - Terceira Turma, DJe 01/07/2013, Rel. Min. Nancy Andrighi) – g.n.

Nesses termos, tendo em vista que, tanto a contribuição previdenciária quanto a contribuição destinada a terceiros possuem a mesma base de cálculo, o reconhecimento da inexigibilidade das contribuições a entidades terceiras, incidentes sobre as verbas auxílio-babá e auxílio-creche, trata-se de consequência que decorre diretamente da lei e da interpretação do conjunto da postulação.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: AUXÍLIO-CRECHE E AUXÍLIO-BABÁ. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A ENTIDADES TERCEIRAS. MESMA BASE DE CÁLCULO. INTERPRETAÇÃO DO CONJUNTO DA POSTULAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O auxílio-creche possui natureza indenizatória, cuja finalidade é ressarcir o contribuinte dos valores despendidos no pagamento de creche, nos termos do art. 208, inc. IV, da Constituição da República, com a redação dada pela EC nº 53/2006. Não há, portanto, incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a tal título. Semelhantemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da não incidência da contribuição social sobre os valores pagos a título de auxílio-babá. Precedentes.

2. As conclusões referentes às contribuições previdenciárias também se aplicam às contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos, uma vez que a base de cálculo destas também é a folha de salários.

3. Na situação analisada, a decisão embargada determinou o cumprimento da decisão transitada em julgado nos autos dos embargos à execução nº 0516319-21.1995.403.6182, no que tange à inexigibilidade das contribuições incidentes sobre as verbas pagas a título de auxílio-creche e auxílio-babá, em relação a todos os débitos tributários relacionados na exordial, inclusive quanto àquelas destinadas a terceiros.

4. Tendo em vista que, tanto a contribuição previdenciária quanto a contribuição destinada a terceiros possuem a mesma base de cálculo, o reconhecimento da inexigibilidade das contribuições a entidades terceiras, incidentes sobre as verbas auxílio-babá e auxílio-creche, trata-se de consequência que decorre diretamente da lei e da interpretação do conjunto da postulação.

5. Negado provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001477-25.2016.4.03.6100

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

APELANTE: GUSTAVO CORREA PUBLIO, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO FELIPE ZARAMELLO DE SOUZA - SP352719-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, GUSTAVO CORREA PUBLIO

Advogado do(a) APELADO: BRUNO FELIPE ZARAMELLO DE SOUZA - SP352719-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001477-25.2016.4.03.6100

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

APELANTE: GUSTAVO CORREA PUBLIO, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO FELIPE ZARAMELLO DE SOUZA - SP352719-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, GUSTAVO CORREA PUBLIO

Advogado do(a) APELADO: BRUNO FELIPE ZARAMELLO DE SOUZA - SP352719-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por GUSTAVO CORREA PUBLIO e pela União Federal, contra a sentença que julgou improcedente o pedido deduzido pelo autor, que objetivava a concessão de afastamento para estudo ou missão no exterior ou licença para trato de interesses particulares e, subsidiariamente (na eventualidade de demissão), sua reintegração ao serviço público em condições compatíveis, com pagamento retroativo de eventuais remunerações não recebidas. Condenado a autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor da União, “fixado sobre o valor da causa, atualizado monetariamente até a data do trânsito em julgado, aplicando-se a tabela progressiva de percentuais, observados os patamares mínimos, prevista no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015”.

Apela a União postulando a majoração da verba honorária fixada, aduzindo que nas causas em que o valor da causa é irrisório, deve ser fixado com base em juízo de equidade (art. 85, §8º, do CPC).

Apela a parte autora alegando que o pedido de licença para estudo ou missão no exterior, ou para tratar de assuntos particulares com ou sem remuneração, foi indeferido pela apelada de forma ilegal e arbitrária, não tendo observado os princípios da eficiência e isonomia

Sustenta que a capacitação do Apelante seria extremamente benéfica para a Administração Pública, considerando-se a ampliação dos conhecimentos e a realização de pesquisas em universidade de renome internacional, em assunto correlato a sua função como servidor público.

Aduz que os pedidos de licença foram indeferidos por “carência de servidores”, mas que a União não hesitou em proceder a sua demissão.

Sustenta a ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, pois a administração concedeu licença sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens dos cargos, a outros servidores.

Alega que a concessão de licença não remunerada atenderia o melhor interesse da administração, que, sem nenhum ônus, teria de volta um servidor muitíssimo mais preparado.

Postula, ao final:

i. a anulação da decisão administrativa que aplicou a pena de demissão ao Apelante, compelindo-se a Apelada a reintegrá-lo em condições compatíveis;

ii. se o caso, determinar-se o pagamento retroativo das remunerações do Apelante, devidamente atualizadas até a data do efetivo pagamento;

iii. conceder ao Apelante licença para estudo ou missão no exterior (remunerada); ou, alternativamente,

iv. conceder ao Apelante licença para trato de interesses particulares (não remunerada), nos termos da Lei Federal nº 8.112/90; e, em qualquer hipótese,

v. a inversão dos ônus da sucumbência em favor do Apelante ou, se o caso, sua distribuição proporcional dentre as partes nos termos do artigo 86, do Código de Processo Civil.

Com as contrarrazões da União, subiram os autos a este E. Tribunal Regional.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001477-25.2016.4.03.6100

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

APELANTE: GUSTAVO CORREA PUBLIO, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: BRUNO FELIPE ZARAMELLO DE SOUZA - SP352719-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, GUSTAVO CORREA PUBLIO

Advogado do(a) APELADO: BRUNO FELIPE ZARAMELLO DE SOUZA - SP352719-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

O autor ajuizou ação ordinária contra a União requerendo licença para estudo ou missão no exterior, ou para tratar de interesses particulares e a reintegração no serviço público, com pagamento retroativo de eventuais remunerações não recebidas.

O autor, servidor público federal, ocupante do cargo de Analista Judiciário do TRT da 2ª Região, Área de Apoio Especializado, Especialidade tecnologia da Informação, tomou posse em 01.08.2012.

O autor requereu em 09.09.2015 licença para tratar de assuntos particulares, com remuneração, pelo prazo de 3 (três) anos, a partir de 08.02.2016, a fim de cursar pós-graduação na Universidade de Leipzig, na Alemanha, em razão de bolsa de estudos concedida pelo programa do Governo Federal “Ciência sem Fronteira”, com fundamento no art. 91 da Lei 8.112/90.

O pedido foi indeferido em 28.10.2015 por meio de despacho da Presidente do TRT, por carência de servidores naquela Regional.

O servidor formulou pedido de reconsideração em 04.12.2015, sendo o indeferimento mantido em 11.01.2016.

O servidor ingressou com recurso administrativo em 18.01.2016, sendo que em 23.05.2016, o órgão Especial, por maioria de votos, negou provimento ao recurso ao entender pela inviabilidade de acolhimento do referido pleito, mormente por tão longo período, diante da notória precariedade de servidores daquele Tribunal e da impossibilidade legal de colocar-se outro servidor na vaga.

Em 28.03.2016, o autor impetrou mandado de segurança n. OE 0000133-07.2016.502.0000, a qual foi indeferida liminarmente por decadência, decisão mantida pelo TST.

O servidor ausentou-se do serviço no período de 28/03 a 30/09/2016, por 124 dias interpolados, e 152 dias consecutivos de faltas injustificadas, sendo constituída Comissão de Processo Administrativo Disciplinar para apurar as irregularidades funcionais, que culminou na demissão por inassiduidade habitual e abandono de cargo em 07.02.2017.

Em 12.12.2016, o autor ajuizou a presente ação declaratória, sustentando que a licença seria de interesse da Administração, pois o autor retornará com bagagem acadêmica e técnica incomparável com a maior parte dos servidores em exercício; que tem direito à reintegração no cargo, pois a demissão decorreu de ato ilegal da administração ao negar o pedido de licença em ofensa aos princípios da isonomia e eficiência administrativa, ocasião em que informou ter embarcado para Alemanha para “aproveitar a oportunidade que, para muitos, é o sonho de uma vida”.

O MM Juiz *a quo* julgou improcedente os pedidos de licença para estudo, licença para tratar de interesses particulares de reintegração no cargo público e condenou o autor a pagar ao réu honorários advocatícios.

Não merece reparo a r. sentença.

Do legalidade do ato que indeferiu o pedido de licença para tratar de interesses particulares

De início, observo que a legislação é cristalina no sentido de que a concessão da licença para tratar interesses particulares depende do interesse da Administração Pública, consoante se verifica do art. 91 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Da Licença para Tratar de Interesses Particulares

Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração.

Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.

Cuida-se, portanto, a concessão da licença para tratar de interesses particulares de um ato discricionário sujeito somente ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração. O STJ já firmou jurisprudência nesse mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.

OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL POR OFENSA A DISPOSITIVO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA OU DE EDITAL DE INSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. CONCESSÃO DE LICENÇA PARA ESTUDO NO EXTERIOR.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - Recurso especial improvido diante da inexistência de violação do art. 1.022 do CPC/2015. Ausência de omissão no acórdão do Tribunal de origem que, fundamentadamente, decide de forma contrária à pretensão da parte recorrida.

II - Não é cabível a interposição de recurso especial por ofensa a dispositivo inserto em Instrução Normativa ou Edital de Instituição Federal, porquanto tais regramentos não se inserem no conceito de "lei federal" previsto no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

III - A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a concessão de licença para capacitação de servidores públicos, ato discricionário, sujeita-se ao juízo do Administrador acerca da conveniência e oportunidade, tendo em vista o interesse público.

Dessa forma, não há que se falar em direito líquido e certo da parte recorrente. Precedentes: AgRg no REsp 1258688/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/3/2015, DJe 11/3/2015; AgRg no REsp 506.328/SC, Rel. Ministra Marilza Maynard (desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 25/2/2014, DJe 14/3/2014; AgRg na SS 2.413/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/3/2011, DJe 28/9/2011.

IV - Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no REsp 1632822/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. SERVIDOR PÚBLICO.

INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICENÇA REMUNERADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

III - Esta Corte orienta-se no sentido de que "é possibilitado à Administração que, no exercício da sua competência discricionária, analise a conveniência e oportunidade de conferir ao servidor o gozo da sua licença prêmio", sendo legítimo, portanto, o indeferimento motivado pelo déficit de servidores no setor, porquanto a concessão da licença, nesse caso, comprometeria a prestação do serviço público.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.

(STJ, AgInt no RMS 34.291/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA INCENTIVADA SEM REMUNERAÇÃO. MP 2.174-28/2001. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MOTIVOS.

SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se na origem de pretensão à concessão de licença incentivada sem remuneração, indeferida pela administração.

2. A priori, não é ilegal o indeferimento do pedido de licença por autoridade que, dentro de sua esfera de atribuições, vale-se de juízo de conveniência e oportunidade, e observa o interesse do serviço público.

3. Para a solução da controvérsia, é indispensável o cotejo dos fundamentos fáticos que levaram à divergência de pareceres proferidos pela administração, bem como a apuração da veracidade dos motivos expostos pela chefia de unidade na qual estava lotado o impetrante. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 48.069/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 24/10/2011)

Registre-se que não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia.

Para que se proceda a análise de ofensa ao princípio da isonomia, o autor deveria trazer a similitude dos pedidos e dos fundamentos, em confronto com a disparidade dos resultados.

No caso em tela, os precedentes indicados não trazem a mesma situação do requerente.

Os precedentes relacionam-se a pedido de licença para estudos, sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens do cargo, por período inferior a um ano, formulados por Juízes do Trabalho, para realização de Curso Pós-Graduado de Especialização em Direito do Trabalho, relacionada à atividade fim do Tribunal Regional do Trabalho.

No caso em tela, o autor postulou licença para tratar de assuntos particulares, pelo período de três anos, para realização de curso de pós graduação, no projeto denominado "Desenvolvimento de uma abordagem baseada em ontologias para composição automatizada de serviços web", relacionada à área de Computação e Tecnologias da Informação. Como se observa, não há identidade do tipo de licença, do período de afastamento e o curso não se refere à atividade fim do Tribunal a que o servidor estava lotado.

E não há que se falar em ausência de motivação na decisão da administração quando do indeferimento do pedido de licença.

A decisão da Administração Pública foi devidamente fundamentada na notória precariedade de servidores nos quadros do TRT e na impossibilidade de se colocar outro servidor na vaga, afigurando-se inviável o acolhimento do pedido, mormente por tão longo período, bem como na recomendação de suspensão de nomeações para provimento de cargo efetivo, o que impor ao TRT a adoção de medidas que viabilizem a continuidade de sua atividade com menor prejuízo ao jurisdicionado (id 230242714).

Do pedido de licença para estudo ou missão no exterior

O autor formula pedido alternativo de licença para estudo ou missão no exterior, com fundamento na lei n. 8.112/90.

Referida lei menciona a possibilidade de licença ou afastamento para aperfeiçoamento de estudo do servidor, nos seguintes termos:

Lei n. 8.112/90

Da Licença para Capacitação (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Art. 87. Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (Vide Decreto nº 5.707, de 2006)

Parágrafo único. Os períodos de licença de que trata o caput não são acumuláveis. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Do Afastamento para Estudo ou Missão no Exterior

Art. 95. O servidor não poderá ausentar-se do País para estudo ou missão oficial, sem autorização do Presidente da República, Presidente dos Órgãos do Poder Legislativo e Presidente do Supremo Tribunal Federal. (Vide Decreto nº 1.387, de 1995)

§ 1o A ausência não excederá a 4 (quatro) anos, e finda a missão ou estudo, somente decorrido igual período, será permitida nova ausência.

§ 2o Ao servidor beneficiado pelo disposto neste artigo não será concedida exoneração ou licença para tratar de interesse particular antes de decorrido período igual ao do afastamento, ressalvada a hipótese de ressarcimento da despesa havida com seu afastamento.

§ 3o O disposto neste artigo não se aplica aos servidores da carreira diplomática.

§ 4o As hipóteses, condições e formas para a autorização de que trata este artigo, inclusive no que se refere à remuneração do servidor, serão disciplinadas em regulamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Art. 96. O afastamento de servidor para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere dar-se-á com perda total da remuneração. (Vide Decreto nº 3.456, de 2000)

O Decreto n. 1.387/1995 regulamentou o afastamento do País de servidores civis da Administração Pública Federal:

Decreto n. 1.387/1995

Art. 1º O afastamento do País de servidores civis de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, com ônus ou com ônus limitado, somente poderá ser autorizado nos seguintes casos, observadas as demais normas a respeito, notadamente as constantes do Decreto nº 91.800, de 18 de outubro de 1985:

(...)

VI - bolsas de estudo para curso de pós-graduação stricto sensu .

De início, verifico que o servidor não formulou pedido administrativo de licença para capacitação ou de afastamento para estudo ou missão no exterior, requerendo tão somente a licença para tratar de assuntos particulares.

Ademais, verifico o descabimento do pedido de licença capacitação, considerado que o servidor não contava com cinco anos de efetivo exercício, bem como porque a licença pretendida é superior a três meses.

Acrescente-se ainda que o pedido de afastamento para estudo ou missão no exterior depende da autorização da Administração, inserindo-se no âmbito da discricionariedade da Administração.

Do pedido de reintegração

Alega o autor que tem direito à reintegração no cargo, pois sua demissão decorreu de ato ilegal do TRT ao negar o pedido de licença.

A legalidade do ato do TRT em indeferir o pedido do autor já foi reconhecida acima.

Ademais, o próprio autor reconheceu na inicial ter embarcado para a Alemanha, deixando de se apresentar em serviço, já vishumbrando a possibilidade de ser demitido.

Acrescente-se que, não obstante a decisão administrativa de indeferimento de licença para tratar de interesses particulares datada de 11.01.2016, o autor deixou de comparecer ao serviço, sendo apuradas faltas injustificadas de 28.03.2016 a 30.09.2016, totalizando 124 ausências injustificadas interpoladas e 152 dias consecutivos de faltas injustificadas, o que culminou na instauração de processo administrativo disciplinar, com a imputação da pena de demissão do Quadro Permanente da Secretaria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região por abandono de cargo e inassiduidade habitual, com fundamento no art. 127, III, e art. 132, II e III, da lei 8.112/90, publicada em 07.02.2017.

Com efeito, tendo o autor se ausentado injustificadamente no serviço por mais de 30 dias consecutivos e por mais de 60 dias interpoladamente, restou caracterizada as hipóteses de demissão prevista no artigo 132, II e III da lei n. 8.112/90:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

(...)

Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.

Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.”

Assim, é de ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos formulados pelo autor.

Das verbas sucumbenciais

Custas *ex lege*.

O Juiz sentenciante condenou o autor “ao pagamento de honorários advocatícios em favor da União, fixado sobre o valor da causa, atualizado monetariamente até a data do trânsito em julgado, aplicando-se a tabela progressiva de percentuais, observados os patamares mínimos, prevista no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015”.

Apela a União sustentando que o valor fixado a título de honorários advocatícios é irrisório, devendo ser aplicado o disposto no §8º do artigo 85 do CPC/15, uma vez que o valor dado à causa foi muito baixo e não refletiu com fidedignidade o proveito econômico que buscava o autor.

Tratando-se de sentença e de recurso de apelação veiculados sob a égide do NCPC, aplicam-se as disposições do art. 85 do diploma processual vigente.

Em relação à verba de sucumbência, o art. 85 do Código de Processo Civil/2015 é claro ao estabelecer que a sentença deverá condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Ademais, a condenação em honorários advocatícios e despesas processuais é consequência da sucumbência. Com efeito, cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85 do CPC/2015. Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed. Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/73:

O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art.20, §3º, do CPC); e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes (RT 509/169). No mesmo sentido, quanto à impossibilidade de fixação do valor dos honorários advocatícios pelas partes: RT 828/254.

O Código de Processo Civil/2015 ainda estabelece que os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou ainda, sobre o valor atualizado da causa, observado o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 2º do artigo 85) e os percentuais previstos no §3º do artigo 85 quando a Fazenda Pública for parte.

Conforme disposto no §6º do artigo 85, "os limites e critérios previstos nos §§ 2o e 3o aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito".

E o §8º do artigo 85 do CPC/15 estabelece 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."

Nesse passo, assiste razão à União em pleitear a majoração da verba honorária, pois irrisório o montante fixado na sentença, de dez por cento sobre o valor da causa de um mil reais, resultando cem reais, não atendendo ao critério da justa remuneração e do instituto da sucumbência.

Por outro lado, considerando o pequeno valor da causa, o estabelecimento dos honorários exige observância da regra do artigo 85, §8º, CPC/2015, com apreciação equitativa pelo juiz.

Mantida a decisão em grau recursal, impõe-se a majoração dos honorários por incidência do disposto no § 11º do artigo 85 do NCPC.

Ressalta-se, porém, tendo presente que a lide envolve um ente público, a moderação deve imperar, adotando-se valor que não onere demasiadamente o vencido e remunere merecidamente o patrono do vencedor na demanda.

Assim, entendo que o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) atende a ambos os critérios, nem representando valor exorbitante, nem acarretando aviltamento à dignidade profissional do Advogado, bem como levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Dispositivo

Por estas razões, nego provimento à apelação do autor e dou provimento ao recurso da União para majorar o valor da condenação em honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. LICENÇA PARA ESTUDO NÃO FORMULADA NA FASE ADMINISTRATIVA. DIREITO À REINTEGRAÇÃO NO CARGO. PENA DE DEMISSÃO ABANDONO DE CARGO. INASSIDUIDADE HABITUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO. RECURSO DA UNIÃO PROVIDO.

1. Apelações interpostas pelo autor pela União Federal, contra a sentença que julgou improcedente o pedido deduzido pelo autor, que objetivava a concessão de afastamento para estudo ou missão no exterior ou licença para trato de interesses particulares e, subsidiariamente (na eventualidade de demissão), sua reintegração ao serviço público em condições compatíveis, com pagamento retroativo de eventuais remunerações não recebidas. Condenado a autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor da União, “fixado sobre o valor da causa, atualizado monetariamente até a data do trânsito em julgado, aplicando-se a tabela progressiva de percentuais, observados os patamares mínimos, prevista no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015”.

2. A concessão da licença para tratar interesses particulares depende do interesse da Administração Pública, consoante se verifica do art. 91 da Lei nº 8.112/90. Cuida-se de um ato discricionário sujeito somente ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração.

3. A decisão da Administração Pública foi devidamente fundamentada na notória precariedade de servidores nos quadros do TRT e na impossibilidade de se colocar outro servidor na vaga, afigurando-se inviável o acolhimento do pedido, mormente por tão longo período, bem como na recomendação de suspensão de nomeações para provimento de cargo efetivo, o que impor ao TRT a adoção de medidas que viabilizem a continuidade de sua atividade com menor prejuízo ao jurisdicionado (id 230242714).

4. O servidor não formulou pedido administrativo de licença para capacitação ou de afastamento para estudo ou missão no exterior, requerendo tão somente a licença para tratar de assuntos particulares. Descabimento do pedido de licença capacitação, considerado que o servidor não contava com cinco anos de efetivo exercício, bem como porque a licença pretendida é superior a três meses. O pedido de afastamento para estudo ou missão no exterior depende da autorização da Administração, inserindo-se no âmbito da discricionariedade da Administração.

5. *O próprio autor reconheceu na inicial ter embarcado para a Alemanha, deixando de se apresentar em serviço, já vislumbrando a possibilidade de ser demitido.* Não obstante a decisão administrativa de indeferimento de licença para tratar de interesses particulares datada de 11.01.2016, o autor deixou de comparecer ao serviço, sendo apuradas faltas injustificadas de 28.03.2016 a 30.09.2016, totalizando 124 ausências injustificadas interpoladas e 152 dias consecutivos de faltas injustificadas, o que culminou na instauração de processo administrativo disciplinar, com a imputação da pena de demissão do Quadro Permanente da Secretaria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região por abandono de cargo e inassiduidade habitual, com fundamento no art. 127, III, e art. 132, II e III, da lei 8.112/90, publicada em 07.02.2017.

6. Verba honorária: necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual. Fixação dos honorários em dois mil reais.

7. Apelação do autor desprovida. Apelação da União provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação do autor e deu provimento ao recurso da União para majorar o valor da condenação em honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003399-67.2017.4.03.6100

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

APELANTE: METALURGICA VENEZIA LTDA - ME, CASSIA REGINA ESPOSITO GODOY, SERGIO ESPOSITO JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003399-67.2017.4.03.6100

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

APELANTE: METALURGICA VENEZIA LTDA - ME, CASSIA REGINA ESPOSITO GODOY, SERGIO ESPOSITO JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Metalúrgica Venezia Ltda. e outros contra sentença que homologou a transação realizada entre a Autora e os Réus com relação ao contrato nº 210243734000013403, conforme requerido no Id. 5459036 e julgou extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso III, letra “b” do CPC, rejeitando os Embargos monitorios, constituindo, assim, de pleno direito, o título executivo judicial.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

Os Apelantes requerem a concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei n. 1.060/50, por serem pobres na acepção jurídica do termo, e requerem a concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei n. 1.060/50.

Alegam que os Embargos Monitorios foram julgados improcedentes, constituindo-se como título executivo judicial o valor cobrado nos autos e, preliminarmente, defendem a necessidade da realização da prova pericial contábil para a demonstração da existência ou não da cumulação de comissão de permanência com juros moratórios, cobrança de juros sobre juros, dentre outros abusos ocorridos.

Defendem que a ausência da prova pericial viola o princípio constitucional da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Postulam o reconhecimento da nulidade da sentença, a fim de que a prova seja produzida.

Quanto ao mérito, afirmam que não honraram o pagamento de todas as parcelas do Contrato de Crédito Bancário (CCB) firmado pelas Partes, porque os valores calculados foram excessivos, de sorte que compareceram à Agência bancária e renegociaram todos os Contratos em aberto com a Instituição Financeira, o que gerou a assinatura pelas Partes com relação ao Contrato objeto desta Ação.

Defendem que os Contratos Bancários firmados pelos Consumidores com os Bancos são padronizados e constituem verdadeiros Contratos de Adesão, na medida em que não permitem que o Consumidor (chamado aderente) possa discutir as Cláusulas Contratuais e, ao final, obriga a Parte interessada (consumidor) a aceitar as chamadas cláusulas abusivas.

Afirmam que pretendem rever o método **de cálculo dos juros contratados**, a taxa média de mercado, o **método e a forma** de calcular os encargos para obter o reconhecimento da declaração de nulidade do Contrato.

Aduzem que a CEF, ora Apelada, requereu a extinção do processo com relação ao Contrato n. 21.0243.605.0000089-14, pleiteiam que os honorários advocatícios sejam arbitrados em nome do patrono dos Apelantes porque a desistência ocorreu após a citação.

Por fim, defendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Postulam o provimento do recurso para anular a sentença, devendo os autos retornar à Vara de Origem para que seja realizada a perícia contábil ou, no mérito, reformar integralmente a sentença para inverter o ônus sucumbencial.

Sem Contrarrazões.

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003399-67.2017.4.03.6100

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

APELANTE: METALURGICA VENEZIA LTDA - ME, CASSIA REGINA ESPOSITO GODOY, SERGIO ESPOSITO JUNIOR

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE ROBERTO DA SILVEIRA - SP146664-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Ação Monitória ajuizada pela Caixa Econômica Federal ajuizada contra Metalúrgica Venezia Ltda. ME e outros, objetivando a concessão de provimento jurisdicional para determinar o pagamento da quantia de R\$ 123.354,77 (cento e vinte e três mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e setenta e sete centavos), atualizado até o dia 31/03/2017, relativo ao valor principal, englobando os encargos contratuais pactuados, conforme discriminados na planilha de cálculos constante dos autos, que deverá ser atualizada até a data do efetivo pagamento e de acordo com o Contrato de Crédito Bancário (CCB) firmado pelas Partes.

Foram opostos Embargos Monitórios e após a instrução processual sobreveio sentença de rejeição dos Embargos.

Quanto ao pleito de gratuidade processual.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50, 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 da Parte hipossuficiente 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 1.060/50, devendo a condição de carência da parte autora ser considerada verdadeira até prova em contrário.

Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - JUSTIÇA GRATUITA - LEI Nº 1.060/50 - DEFERIMENTO - PRESCRIÇÃO - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO - LC 118/2005 - VIGÊNCIA - ART. 174, CTN - DESPACHO CITATÓRIO - RECURSO IMPROVIDO.

1. A assistência judiciária é garantia constitucional, prevista no art. 5.º, LXXIV, da Magna Carta, no qual se confere o dever do Estado de proporcionar a o acesso ao Judiciário todos, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos.

2. A Lei nº 1060/50, recepcionada pela Constituição Federal, regulou a assistência judiciária concedida aos necessitados, entendidos como aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Uma simples petição do requerente declarando sua situação basta para o reconhecimento do estado precário, vigorando a presunção relativa sobre sua necessidade, podendo ser impugnada pela parte contrária.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, basta a declaração, feita pelo interessado, de que sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

4. Essa é uma presunção iuris tantum, remetendo à parte contrária o ônus de provar o contrário do alegado (art. 7º da Lei nº 1.060/50).
5. Cabível a benesse requerida, que resta, portanto, deferida.
6. A lei que dispõe sobre a assistência judiciária gratuita - art. 4º, § 1º, da Lei nº 1060/50 - prevê penalidade para aquele que se diz pobre, desprovido de recursos, quando for provado justamente o oposto.
7. Quanto ao mérito, alega o agravante a prescrição da CDA 80 1 11 000444-16, somente em relação ao débito vencido em 28/4/2006 (fl.9) e eventualmente dos demais.
8. Diversamente do alegado pelo agravante, trata-se de cobrança de crédito decorrente de lançamento de ofício, com a lavratura de auto de infração, cuja notificação do contribuinte se deu em 29/10/2010, conforme o próprio título executivo acostado.
9. A constituição definitiva do crédito tributário, nesta hipótese, ocorreu 30 (trinta) dias após a data da notificação, uma vez que não há notícia de impugnação administrativa.
10. Tendo em vista que a execução foi proposta em 15/9/2011 (fl.7), quando já em vigor a LC nº 118/2005, que alterou o artigo 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, os créditos não estão prescritos, pois o despacho que ordenou a citação se deu em 23/9/2011 (fl. 23).
11. Os créditos em cobro não se encontram prescritos.
12. Benefícios da justiça gratuita deferidos e agravo de instrumento improvido." (TRF3, AI 0020813-72.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 DATA 16/05/2014)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. CABIMENTO.

A Lei nº 1.060/50 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária gratuita, estatuindo as hipóteses para sua concessão. No art. 4º da referida lei encontra-se disciplinada a forma pela qual deve-se pleitear o benefício, vale dizer, "mediante simples afirmação na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família". Trata-se de presunção "iuris tantum", cabendo à parte contrária impugná-la, mediante a apresentação de provas aptas à sua desconstituição. A intenção do legislador foi a de simplificar o requerimento, para possibilitar a gratuidade judiciária àqueles que não têm condições de pagar as custas do processo e os honorários do advogado, independentemente de outras formalidades. É certo que cabe ao magistrado afastar o requerimento de benefício de justiça gratuita, desde que haja elementos suficientes a descaracterizar a alegação de hipossuficiência. O alto custo dos remédios, exames e uso contínuo e diário de oxigênio torna o agravado incapaz de arcar com as custas e honorários advocatícios, em prejuízo de seu sustento e de sua família. Agravo a que se nega provimento." (TRF3, AI 0025387-75.2012.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2013)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. INDEFERIDA DE OFÍCIO. ART. 4º §1º DA LEI 1060/50. RECURSO PROVIDO.

- A decisão recorrida foi devidamente fundamentada, pois os motivos pelo qual levaram o julgador àquela foram explicados, razão pela qual não se pode falar em ausência de fundamentação da mesma.
- O juízo a quo fundamentou o indeferimento em indícios de que a agravante pode suportar as despesas do processo. Embora não tenham sido explicitados, entende-se que seriam os documentos juntados, que se referem às declarações de ajuste anual de imposto de renda dos anos-calendário de 2003 e 2008, nas quais há registro de renda suficiente, em tese, para arcar com os custos processuais. Porém, não há certeza de que a situação declarada à época se manteve até o momento em que foi proferida a decisão agravada, em 2011.
- Nos termos do artigo 4º da Lei nº 1060/1950, realizador do direito do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF, que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, a parte gozará do benefício quando não estiver em condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família.
- De acordo com os artigos 4º §2º, e 7º da Lei nº 1060/1950, caberá à parte contrária impugnar o pedido, mediante prova da inexistência ou do desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.
- É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a simples declaração na petição inicial ou em documento é o suficiente para o deferimento da gratuidade à pessoa física. - A agravante requereu na inicial a assistência judiciária e apresentou declaração de pobreza, razão pela qual tem direito ao benefício da justiça gratuita.
- A Lei nº 1060/50 em momento algum, impede a outorga de mandato para advogado particular.

- Quanto à alegação da União em contraminuta de que a declaração não atendeu às disposições dos artigos 1º e 3º da Lei 7115/83, que determinam que conste expressamente a responsabilidade do declarante, esta turma entende que a formalidade é dispensável. - Agravo de instrumento provido, a fim de conceder a justiça gratuita." (TRF3, AI 0037286-07.2011.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANDRE NABARRETE, e-DJF3 Judicial 1 DATA 15/01/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NOS TERMOS DA LEI N. 1.060/50. POSSIBILIDADE. ADVOGADO CONSTITUÍDO NÃO ELIDE A HIPÓTESE.

I - Da interpretação do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, conclui-se que o benefício da gratuidade de justiça é assegurado a todos aqueles que não possuam condições de arcar com as custas do processo.

II - Tendo em vista que a afirmação do estado de pobreza goza de presunção iuris tantum, cabe à parte contrária, se for o caso, impugná-la, mediante apresentação de prova capaz de desconstituir o direito postulado, bem como ao Magistrado determinar, em havendo fundadas suspeitas de falsidade de declaração, a comprovação da alegada hipossuficiência (§ 1º, do art. 4º, da Lei n. 1.060/50).

III - O fato de existir advogado particular constituído não justifica a negativa da justiça gratuita, mas apenas não confere à parte a prerrogativa prevista no § 5º, art. 5º, da Lei n. 1060/50, qual seja, a contagem em dobro dos prazos processuais.

IV - Agravo de instrumento provido." (TRF3, AI 0026733-61.2012.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal REGINA COSTA, e-DJF3 Judicial 1 DATA 19/12/2012)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo.

(STF, Rel 1905 ED-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00088 EMENT VOL-02083-02 PP-00274)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA À PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO FINANCEIRA PRECÁRIA INDEMONSTRADA. EXAME PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SUMULA N.º 07 DO STJ.

1. O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser estendido à pessoa jurídica, desde que comprovada sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção. Precedentes da Corte Especial do STJ.

2. Conquanto o acórdão embargado tenha-se utilizado de entendimento já superado nesta Corte para negar o benefício, de qualquer sorte, não há como rever a decisão das instâncias ordinárias no que diz respeito à falta de provas da condição financeira insuficiente para arcar com as despesas do processo, uma vez que a questão demanda reexame de matéria fática, sabidamente descabido em sede de recurso especial, consoante dispõe a Súmula n.º 07 do STJ.

3. Embargos não conhecidos.

(STJ, EREsp 388.155/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 199)

Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de justiça editou a Súmula 481:

“Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, porque em observância ao artigo 370 do atual CPC (artigo 130 do CPC), deve prevalecer a prudente discricção do magistrado de primeiro grau no exame da necessidade ou não da realização de determinada prova, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

No caso, a prova pericial não é absoluta, porque o juiz da causa é o condutor do processo e analisa conjuntamente todas as provas produzidas nos autos, de modo a confrontar-se cada uma delas, para extrair-se juízo de valoração. Por fim, entendo que existem documentos suficientes para a solução da controvérsia, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa.

No caso, por se tratar de Contrato de Crédito Bancário (CCB) firmado pelas Partes entendo que o conjunto probatório demonstrou a desnecessidade da produção de prova pericial.

Nesse sentido, é a Jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO CABAL DO ABUSO. NECESSIDADE. SÚMULA 382 DO STJ. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. SÚMULAS 30, 294 E 472 DO STJ.

1. O juiz é o destinatário da prova e a ele cabe analisar a necessidade de sua produção (CPC, arts. 130 e 131).

2. Nos contratos bancários não se aplica a limitação da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano, não se podendo aferir a exorbitância da taxa de juros apenas com base na estabilidade econômica do país, sendo necessária a demonstração, no caso concreto, de que a referida taxa diverge da média de mercado.

3. "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada" (2ª Seção, REsp 973.827/RS, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 24.9.2012).

4. É legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30, 294 e 472 do STJ).

5. Para os contratos celebrados até 30.4.2008, data da revogação da Resolução CMN 2.303/1996, é válida a cláusula que estipulou a taxa de abertura de crédito. Outrossim, o pagamento do IOF pode ser objeto de financiamento acessório ao principal, ainda que submetido aos mesmos encargos contratuais (REsp repetitivos 1.251.331/RS e 1.255.573/RS, 2ª Seção, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, unânimes, DJe de 24.10.2013).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 606.541/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 06/02/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. Contratos bancários. Ação consignatória cumulada com revisão contratual Cédula de crédito bancário. Desnecessidade de realização de perícia contábil. Exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes. Ausência de interesse processual no pedido de exibição de documentos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos termos da Súmula no 297 do E. Superior Tribunal de Justiça. Juros remuneratórios. Inexistência de limite legal às instituições financeiras. Cobrança superior a 12% ao ano. Possibilidade. Súmula nº 382 do E. Superior Tribunal de Justiça e Súmulas nº 596 e 648 do E. Supremo Tribunal Federal. Taxas de juros praticadas acima da média de mercado conforme tabelas divulgadas pelo Banco Central. Redução equitativa que se impõe, mas apenas para os juros previstos no período do inadimplemento (capítulo do julgado não unânime). Capitalização mensal de juros. Possibilidade. Aplicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000. Questão sedimentada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (REsp. nº 973.827/RS). Súmula nº 539 do E. Superior Tribunal de Justiça. Inaplicabilidade da Súmula nº 121 do E. Supremo Tribunal Federal. Inexistência de ilegalidade na utilização da Tabela Price conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (REsp. nº 1.124.552/RS) Sentença de improcedência. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido, apenas para determinar a redução das taxas de juros aplicadas para o período de anormalidade segundo as taxas médias de mercado. Julgamento não unânime. Dispositivo: Deram parcial provimento à apelação, por maioria de votos.

(TJSP; Apelação Cível 1025307-63.2015.8.26.0405; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2019; Data de Registro: 07/05/2019)

CONTRATOS BANCÁRIOS - Embargos à execução - Cédula de crédito bancário firmada em 27 de outubro de 2016 (capital de giro) - Improcedência - Preliminar - Cerceamento de defesa - Julgamento antecipado da lide - Rejeição - **Desnecessária é a prova de perícia contábil e testemunhal - Suficiência da prova documental** - Mérito - Aplicação do NCPC, artigos 370 e 355, I - Recursos utilizados por pessoa jurídica como fomento financeiro para desenvolvimento de suas atividades, cujo desiderato é o lucro - Descaracterização como destinatária final - Relação de consumo não caracterizada - Inaplicabilidade do CDC na exegese da teoria finalista que informa o art. 2º da Lei número 8.078/1990 - Encadeamento de operações - Impossibilidade de revisão de contratos anteriores em sede de embargos do devedor - CCB prevendo taxa de juros mensal, anual, e capitalização de juros, instruída com demonstrativo evolutivo do débito - Título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível, por atendimento a Lei nº 10.931/2004 e art. 798, I, NCPC - Sentença mantida - Recurso desprovido, e majorados os honorários advocatícios (NCPC, art. 85, § 11), observada gratuidade de justiça e o NCPC, art. 98, § 3º.

(TJSP; Apelação Cível 1008745-41.2017.8.26.0006; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2019; Data de Registro: 18/02/2019)

Quanto ao mérito.

Em relação ao Contrato de Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo à Pessoa Jurídica” n. 21.0243.605.0000089-14 firmado pelas Partes.

No caso em exame, os Apelantes em suas razões recursais afirmaram que deixaram de efetuar o pagamento das parcelas relativas ao Contrato e renegociaram junto à Agência da Caixa Econômica Federal todos os Contratos de Empréstimos em aberto.

É certo que o reconhecimento jurídico do pedido importa na extinção do processo, resolução do mérito, na medida em que somente homologa a manifestação processual das partes e, decretar a extinção do feito, nos termos do artigo 487, inciso III, letra “a”, do Novo CPC.

Comefeito, o reconhecimento dos Apelantes da inadimplência das prestações e comparecimento espontâneo perante a CEF para a renegociação da dívida revelam que os Recorrentes analisaram detalhadamente o Contrato de Empréstimo Bancário.

Esse fato, por si só, afasta as alegações recursais de que trata-se de Contrato de Adesão, cujas fórmulas de cálculos e os métodos para apuração dos juros estavam de acordo com a situação financeira da Parte Contratante, porque o ato de Renegociação da dívida revela que os Apelantes analisaram a sua situação financeira e concluíram que são capazes de honrar o pagamento das prestações no ato da assinatura do Contrato de Renegociação, sujeitando-se (no caso de descumprimento) a execução do Contrato com a aplicação da legislação que rege a matéria.

Nas relações obrigacionais a falta de pagamento sujeita os devedores ao pagamento da dívida, sob pena de constrição de seus bens, sujeitando o devedor às suas drásticas consequências em razão da falta de pagamento.

Não desconheço que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, segundo o Enunciado da Súmula n. 297 do STJ que dispõe:

“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Por sua vez, o propósito desta Ação Monitória é o recebimento do crédito pela CEF (artigo 700, inciso I, do Novo CPC) e aos argumentos trazidos pelos Embargantes, ora Apelantes, em sua defesa nos autos dos Embargos Monitórios não são capazes de reconhecer a existência de cláusulas leoninas para afastar a cobrança reclamada pela CEF, ora Apelada, na petição inicial.

Na verdade, a pretensão dos Apelantes nos Embargos Monitórios assim como no recurso de Apelação é a revisão do Contrato, o que é não possível. Ora, o inconformismo dos Recorrentes quanto às cláusulas contratuais poderia ser objeto do ajuizamento de Ação de Revisão Contratual antes do ajuizamento da Ação Monitória pela CEF.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. ANATOCISMO. SISTEMAS DE AMORTIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1- Uma vez proferidas a sentença, a Apelante não pode ser prejudicada com a renúncia dos direitos a que se funda a ação e desistência do recurso de apelação. Até porque, a homologação do pedido dependeria de manifestação da parte adversa, nos termos do artigo 485, a 4º do CPC/15. Em assim sendo, não identifico nenhum prejuízo às partes quanto ao prosseguimento do julgamento.

2- A matéria controversa abordada nos embargos é exclusivamente de direito, sendo que o Apelante não demonstrou, efetivamente, qualquer insurgência quanto aos cálculos realizados pela CEF, mas sim quanto aos encargos cobrados, mas que foram estabelecidos contratualmente.

3- Não há que se cogitar de qualquer nulidade no presente caso, na medida em que a questão debatida não demandava a produção de qualquer prova adicional para formar o livre convencimento do magistrado.

4- Os contratos de abertura de crédito com valor pré-fixado, cujo valor originário é demonstrável de plano, com evolução aferível por simples cálculos aritméticos, consubstancia-se em título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível, cabendo na previsão do art. 784, III, do NCPC.

5- A manutenção dos juros remuneratórios e capitalização não permite a descaracterização da mora, conforme pretende a Apelante.

6- O Superior Tribunal de Justiça colocou uma pá de cal sobre a questão da aplicabilidade dos dispositivos do código consumerista aos contratos bancários e de financiamento em geral com edição da Súmula 297: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

7- **Portando, a aplicabilidade do CDC às instituições financeiras não tem o alcance que pretende dar o Apelante, uma vez que os contratos bancários também estão regidos por normas específicas impostas pelo Banco Central do Brasil.**

8- De qualquer forma, relativamente aos contratos, uma vez convenionados os direitos e obrigações, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Este é o princípio da Força Obrigatória dos Contratos - também denominado Pacta Sunt Servanda - segundo o qual, estipulado validamente seu conteúdo e definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm força obrigatória para os contratantes.

9- A capitalização dos juros pressupõe a incidência de juros sobre essa mesma grandeza - juros - acumulada em período pretérito, dentro de uma mesma "conta corrente", diferentemente do que ocorre com os juros simples, em que o encargo incide apenas sobre o capital, sem que os juros voltem a incorporar o montante principal.

10- Não obstante os termos da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, que veio estabelecer que "é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada", aquela Corte, posteriormente, veio expedir outro entendimento sumulado, orientando que "as disposições do Dec. n. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional" (Súmula 596).

11- De todo o modo, as instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional tem expressa autorização para capitalizar os juros com periodicidade inferior a um ano, desde a edição da Medida Provisória 1.963-17, de 30 de março de 2000, culminando com a Medida Provisória de nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.

12- O C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a questão, pacificando o entendimento sobre a possibilidade de haver capitalização de juros nos contratos bancários firmados por instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31 de março de 2000, por força do disposto na Medida Provisória nº 1.963-17/2000, atual MP nº 2.170-36/2001. Os contratos cogitados na lide são posteriores a essa data, mas não contam com previsão de capitalização mensal dos juros, razão por que deve ser afastada sua cobrança.

13- A pactuação dos juros é livre entre as partes e, uma vez convenionados os direitos e obrigações, ficam as partes ligadas pelo vínculo da vontade que as uniu. Assim, não prosperam as teses de excesso na cobrança dos juros remuneratórios fixados acima de 12% (doze por cento) ao ano, considerando que a Constituição da República não limita a aplicação desse encargo e a única restrição aos juros - de, que vinha prevista no artigo 192, § 3º - foi revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

14- Foi com base nestas premissas que, depois de prolongada discussão acerca do tema, com o julgamento do Recurso Especial 1.1061.530/RS, selecionado como representativo de controvérsia pelo STJ, restou consolidada a jurisprudência acerca da possibilidade da limitação dos juros remuneratórios.

15- Não tendo os embargantes logrado êxito em fazer prova da abusividade dos juros cobrados pela credora, ou mesmo indicado quais seriam as taxas médias praticadas pelo mercado e, sobretudo, se a eventual aplicação desta taxa média lhe seria mais favorável, não há como acolher o argumento da abusividade.

16- A previsão de restituição em dobro prevista no referido dispositivo legal, se limita à situações em que a cobrança do crédito exequendo está em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, não sendo este o caso dos autos, na medida em que a sentença efetivamente constituiu o título judicial consistente na Cédula de Crédito Bancário.

17- Assim, na ausência de comprovação de abuso, desequilíbrio contratual, ou excesso na cobrança, não há que se falar em compensação dos valores pagos a maior, repetição do indébito, enriquecimento sem causa ou devolução em dobro, não assistindo razão à Apelante.

18- Recurso a que se nega provimento.

(TRF3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001119-11.2018.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHYFILHO, julgado em 28/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2019)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS. EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS. COBRANÇA DE JUROS ABUSIVOS NÃO CONFIGURADA. TAXA ACIMA DE 12% AO ANO. POSSIBILIDADE.

1. As instituições financeiras não estão sujeitas à limitação da taxa de juros, conforme entendimento há muito firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula 596.

2. Não se verifica qualquer excesso ou abusividade na taxa de juros aplicada. Firmou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a mera estipulação de juros contratuais acima de 12% (doze por cento) não configura abusividade, que somente pode ser admitida em situações excepcionais. Precedentes.

3. **No caso dos autos, não se verifica qualquer excesso ou abusividade aplicação dos juros remuneratórios.** Não há nos autos nada que indique que se trata de taxa que destoa das efetivamente praticadas no sistema financeiro nacional. Ademais, se assim fosse, certamente a parte ré haveria celebrado o contrato impugnado em outra instituição financeira. No sentido de que a mera estipulação de juros contratuais acima de 12% (doze por cento) não configura abusividade - que somente pode ser admitida em situações excepcionais -, firmou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

4. Apelação desprovida.

(TRF3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003639-14.2017.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 12/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2019)

Quanto aos honorários advocatícios.

Da análise atenta dos autos, verifico que as Partes firmaram acordo em 23/03/2018 p.p. quanto ao Contrato n. 210243734000013403, cujos valores a CEF reconheceu que foram liquidados.

No caso, após a apresentação dos Embargos Monitórios as Partes firmaram acordo quanto ao Contrato n. 210243734000013403, tendo o juiz homologado, por sentença, o acordo, sem a fixação da verba honorária.

Ressalto, ainda, que o inadimplemento dos Embargantes, ora Apelantes, era incontroverso, tanto que as partes se compuseram após da Ação Monitória.

Por outro lado, na regra do antigo Código de Processo Civil/1973 a não fixação dos honorários sucumbenciais com participação do patrono da Parte prejudicava o advogado que teria o direito à verba honorária.

O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 90 estabelece que:

“Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

[...]

§ 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente”.

Nesse sentido:

“**APELAÇÃO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Rescisão a pedido da construtora – Falta de pagamento – Acordo extrajudicial homologado – Extinção na forma do art. 487, III, "b" do CPC - Inconformismo dos patronos da autora contra a sentença homologatória em relação aos honorários advocatícios, pois não participaram da transação – Pretensão recursal de que sejam fixados honorários sucumbenciais - Impossibilidade – Extinto o processo pela transação, a disposição estabelecida no acordo acerca da distribuição dos honorários de advogado deve ser respeitada – Inteligência do art. 90, § 2º do CPC – Custas do preparo – Verba que não comporta ser cobrada da ré, pois a transação antes da sentença importa na dispensa de eventuais custas remanescentes (art. 90, § 3º do CPC) – Sentença homologatória mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.**

(TJSP; Apelação Cível 1008831-04.2016.8.26.0602; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/05/2018; Data de Registro: 10/05/2018)

SUCUMBÊNCIA. Acordo celebrado após o ajuizamento da execução. Fixação dos ônus da sucumbência segundo o princípio da causalidade. Executados deram causa à propositura da demanda. **Impossibilidade de condenação do exequente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.** Precedentes do STJ. Sentença reformada. Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 3001624-88.2012.8.26.0268; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapeverica da Serra - 1ª Vara; Data do Julgamento: 24/04/2019; Data de Registro: 25/04/2019)

“**EXTINÇÃO DO PROCESSO - Transação - Hipótese de resolução do mérito - artigo 269, inciso III do CPC - Ocorrência - Acordo firmado entre as partes – Homologação judicial - Recurso provido. HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Acordo entre as partes - Sentença homologatória – Hipótese em que não existe parte vencida e vencedora em processo extinto por transação entre as partes - Omissão com relação aos honorários advocatícios contratuais que acarreta a presunção de que cada parte arcará com as verbas relativas a seu patrono - Recurso provido” (TJSP; Ap. n.º 9141609-37.2008.8.26.0000, Rel. Des. J.B. Franco de Godói, 23ª Câmara de Direito Privado, j. em 13/04/2011)**

“**PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. ART. 26 DO CPC/1973.**

1. A transação enseja a extinção do feito com resolução de mérito (art. 269, III, do CPC) e, via de regra, não dá azo à sucumbência, haja vista pressupor, necessariamente, reciprocidade de concessões. A desistência ou o reconhecimento do pedido, ao revés, conforme disposto no art. 26 do CPC, enseja a fixação da verba honorária (arts. 85, §§ 6º e 10, e 90, do CPC/2015). Precedentes.

2. No caso, verifica-se que não ocorreu nem a transação nem a desistência da demanda, tendo em vista que o Município, no curso do processo, efetivamente reconheceu o direito da concessionária embargante, tanto que veio a anular 99,9% dos lançamentos tributários impugnados neste feito, atraindo, portanto, a incidência da norma prevista no art. 26 do CPC (e art. 90 do novo CPC).

3. Assim, **considerando as peculiaridades da situação em exame, e tendo a Municipalidade dado causa ao ajuizamento da ação anulatória, reconhecendo posteriormente a procedência do pedido, resoa inequívoca a inexistência do direito dos advogados embargados ao arbitramento da verba honorária de sucumbência, haja vista terem sido eles os patronos do Município.**

4. Embargos de divergência procedentes..”(STJ, EREsp. n.º 1.322.337/RJ, Rel. p. o acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19/04/2017)

No caso, o inadimplemento dos Embargantes, ora Apelantes, era incontroverso, tanto que as Partes se compuseram após o ajuizamento da Ação, afastando-se o princípio da causalidade, porque os Embargantes deram causa ao ajuizamento da Ação Monitória pela Caixa Econômica Federal, portanto, deverá ser afastada a tese de que são devidos honorários sucumbenciais.

Pelo exposto, **concedo os benefícios da gratuidade processual. Rejeito a preliminar e nego provimento à Apelação.**

É o voto.

E M E N T A

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO BANCÁRIO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS DE TERCEIRO JULGADOS IMPROCEDENTES. JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO REJEITADA. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. RENEGOCIAÇÃO DA DÍVIDA. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. HONORÁRIOS INDEVIDOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Ação Monitória ajuizada pela Caixa Econômica Federal ajuizada contra Metalúrgica Venezia Ltda. ME e outros, objetivando a concessão de provimento jurisdicional para determinar o pagamento da quantia de R\$ 123.354,77 (cento e vinte e três mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e setenta e sete centavos), atualizado até o dia 31/03/2017, relativo ao valor principal, englobando os encargos contratuais pactuados, conforme discriminados na planilha de cálculos constante dos autos, que deverá ser atualizada até a data do efetivo pagamento e de acordo com o Contrato de Crédito Bancário (CCB) firmado pelas Partes. Foram opostos Embargos Monitórios e após a instrução processual sobreveio sentença de rejeição dos Embargos.

2. Quanto ao pleito de gratuidade processual. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50, a simples afirmação de incapacidade financeira basta para viabilizar o acesso ao benefício de assistência judiciária gratuita, em qualquer fase do processo, consoante acórdãos assimementados: STJ, REsp 400791/SP, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 03/05/2006, REsp 469594/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 30/06/2003, REsp 253528/RJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 18/09/2000.

3. Assim, a concessão do benefício da gratuidade da justiça depende tão somente da declaração da Parte hipossuficiente 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 1.060/50, devendo a condição de carência da parte autora ser considerada verdadeira até prova em contrário. Nesse sentido, os precedentes desta Corte: TRF3, AI 0020813-72.2013.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, e-DJF3 Judicial 1 DATA 16/05/2014, TRF3, AI 0025387-75.2012.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA 24/05/2013, TRF3, AI 0037286-07.2011.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, e-DJF3 Judicial 1 DATA 15/01/2013, TRF3, AI 0026733-61.2012.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal REGINA COSTA, e-DJF3 Judicial 1 DATA 19/12/2012, STF, Rcl 1905 ED-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00088 EMENT VOL-02083-02 PP-00274 e STJ, EREsp 388.155/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 199.

4. Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de justiça editou a Súmula 481: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

5. Da preliminar de cerceamento de defesa. Não há que se falar em cerceamento de defesa, porque em observância ao artigo 370 do atual CPC (artigo 130 do CPC), deve prevalecer a prudente discricão do magistrado de primeiro grau no exame da necessidade ou não da realização de determinada prova, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. No caso, a prova pericial não é absoluta, porque o juiz da causa é o condutor do processo e analisa conjuntamente todas as provas produzidas nos autos, de modo a confrontar-se cada uma delas, para extrair-se juízo de valoração. Por fim, entendo que existem documentos suficientes para a solução da controvérsia, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa. No caso, por se tratar de Contrato de Crédito Bancário (CCB) firmado pelas Partes entendo que o conjunto probatório demonstrou a desnecessidade da produção de prova pericial.

6. Nesse sentido, é a Jurisprudência: AgRg no AREsp 606.541/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 06/02/2015, TJSP; Apelação Cível 1025307-63.2015.8.26.0405; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2019; Data de Registro: 07/05/2019 e TJSP; Apelação Cível 1008745-41.2017.8.26.0006; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2019; Data de Registro: 18/02/2019.

7. Quanto ao mérito. Em relação ao Contrato de Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo à Pessoa Jurídica” n. 21.0243.605.0000089-14 firmado pelas Partes. No caso em exame, os Apelantes em suas razões recursais afirmaram que deixaram de efetuar o pagamento das parcelas relativas ao Contrato e renegociaram junto à Agência da Caixa Econômica Federal todos os Contratos de Empréstimos em aberto. É certo que o reconhecimento jurídico do pedido importa na extinção do processo, resolução do mérito, na medida em que o juiz somente homologa a manifestação processual das partes e, decretar a extinção do feito, nos termos do artigo 487, inciso III, letra “a”, do Novo CPC. Com efeito, o reconhecimento dos Apelantes da inadimplência das prestações e comparecimento espontâneo perante a CEF para a renegociação da dívida revelam que os Recorrentes analisaram detalhadamente o Contrato de Empréstimo Bancário. Esse fato, por si só, afasta as alegações recursais de que trata-se de Contrato de Adesão, cujas fórmulas de cálculos e os métodos para apuração dos juros estavam de acordo com a situação financeira da Parte Contratante, porque o ato de Renegociação da dívida revela que os Apelantes analisaram a sua situação financeira e concluíram que são capazes de honrar o pagamento das prestações no ato da assinatura do Contrato de Renegociação, sujeitando-se (no caso de descumprimento) a execução do Contrato com a aplicação da legislação que rege a matéria.

8. Nas relações obrigacionais a falta de pagamento sujeita os devedores ao pagamento da dívida, sob pena de constrição de seus bens, sujeitando o devedor às suas drásticas consequências em razão da falta de pagamento. Não desconheço que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, segundo o Enunciado da Súmula n. 297 do STJ que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

9. Por sua vez, o propósito desta Ação Monitória é o recebimento do crédito pela CEF (artigo 700, inciso I, do Novo CPC) e aos argumentos trazidos pelos Embargantes, ora Apelantes, em sua defesa nos autos dos Embargos Monitórios não são capazes de reconhecer a existência de cláusulas leoninas para afastar a cobrança reclamada pela CEF, ora Apelada, na petição inicial.

10. Na verdade, a pretensão dos Apelantes nos Embargos Monitórios assim como no recurso de Apelação é a revisão do Contrato, o que é não possível. Ora, o inconformismo dos Recorrentes quanto às cláusulas contratuais poderia ser objeto do ajuizamento de Ação de Revisão Contratual antes do ajuizamento da Ação Monitória pela CEF.

11. Nesse sentido: TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001119-11.2018.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 28/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2019, TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003639-14.2017.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 12/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2019.

12. Quanto aos honorários advocatícios. Da análise atenta dos autos, verifico que as Partes firmaram acordo em 23/03/2018 p.p. quanto ao Contrato n. 210243734000013403, cujos valores a CEF reconheceu que foram liquidados. No caso, após a apresentação dos Embargos Monitórios as Partes firmaram acordo quanto ao Contrato n. 210243734000013403, tendo o juiz homologado, por sentença, o acordo, sem a fixação da verba honorária. O inadimplemento dos Embargantes, ora Apelantes, era incontroverso, tanto que as partes se compuseram após da Ação Monitória.

13. Por outro lado, na regra do antigo Código de Processo Civil/1973 a não fixação dos honorários sucumbenciais com participação do patrono da Parte prejudicava o advogado que teria o direito à verba honorária. O Novo Código de Processo Civil em seu artigo 90 estabelece que: “Profêrida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu. [...] § 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente”.

14. Nesse sentido: TJSP; Apelação Cível 1008831-04.2016.8.26.0602; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/05/2018; Data de Registro: 10/05/2018, TJSP; Apelação Cível 3001624-88.2012.8.26.0268; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapeçerica da Serra - 1ª Vara; Data do Julgamento: 24/04/2019; Data de Registro: 25/04/2019, TJSP; Ap. n.º 9141609-37.2008.8.26.0000, Rel. Des. J.B. Franco de Godói, 23ª Câmara de Direito Privado, j. em 13/04/2011 e STJ, EREsp. n.º 1.322.337/RJ, Rel. p. o acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. em 19/04/2017.

15. No caso, o inadimplemento dos Embargantes, ora Apelantes, era incontroverso, tanto que as Partes se compuseram após o ajuizamento da Ação, afastando-se o princípio da causalidade, porque os Embargantes deram causa ao ajuizamento da Ação Monitória pela Caixa Econômica Federal, portanto, deverá ser afastada a tese de que são devidos honorários sucumbenciais.

16. Concedido os benefícios da gratuidade processual. Rejeito a preliminar e nego provimento à Apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, concedeu os benefícios da gratuidade processual, rejeitou a preliminar e negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000447-40.2016.4.03.6104

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

APELANTE: LAZARO ROBERTO LIRMAS

Advogados do(a) APELANTE: CASSIO AURELIO LAVORATO - SP249938-A, LUCIANE DE CASTRO MOREIRA - SP150011-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000447-40.2016.4.03.6104

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

APELANTE: LAZARO ROBERTO LIRMAS

Advogados do(a) APELANTE: CASSIO AURELIO LAVORATO - SP249938-A, LUCIANE DE CASTRO MOREIRA - SP150011-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Apelação interposta pelo autor contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade do ato administrativo que reduziu seus proventos, suspendendo o pagamento da gratificação GDASS durante o afastamento para licença política. Condenado o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, do NCPC, sem prejuízo da observância do disposto no artigo 98, § 3º do NCPC.

Em suas razões de apelação, o autor sustenta que:

a) o ato administrativo está eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade, por afronta à Lei Complementar 64/90, ao artigos 14, § 9º, e 22 da Constituição Federal;

b) o apelante somente foi notificado da redução via email, após afastamento, e em plena campanha política, em afronta ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da segurança jurídica;

c) o apelante estava recebendo a GDASS em decorrência de avaliação ocorrida no semestre anterior seu exercício anterior, não se tratando de gratificação paga em razão de futura avaliação, resultando em supressão indevida.

Com as contrarrazões (fls. 451/474), subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000447-40.2016.4.03.6104

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

APELANTE: LAZARO ROBERTO LIRMAS

Advogados do(a) APELANTE: CASSIO AURELIO LAVORATO - SP249938-A, LUCIANE DE CASTRO MOREIRA - SP150011-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Admissibilidade da apelação

Tempestivo a apelação, dela conheço.

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente a pretensão inicial consistente em determinar que se abstenha a ré de efetuar descontos na remuneração do autor, técnico do seguro social.

O cerne da controvérsia refere-se à legalidade do ato administrativo que determinou a redução dos vencimentos do servidor, em razão do licenciamento para candidatar-se a cargo eletivo nas eleições municipais e o não recebimento da Gratificação de Desempenho - GDASS.

Sobre o tema, a Carta Magna, ao dispor sobre os casos de inelegibilidade, determinou que outras hipóteses e prazos de cessação seriam estabelecidas mediante lei complementar.

Em atenção a esse preceito, editou-se a LC n. 64, de 18/05/1990, que, no quanto aos autos interessa, assim regulou a matéria:

Art. 1º São inelegíveis:

II - para Presidente e Vice-Presidente da República:

[...]

l- os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

[...]

V - para o Senado Federal:

a) os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea " a" do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresa que opere no território do Estado, observados os mesmos prazos;

[...]

VI - para a Câmara Municipal:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado e para a Câmara dos Deputados, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização.

[...]

Claro está que o art. 14, § 9º, da CRFB atribuiu à lei complementar a definição dos casos de inelegibilidade, visando "proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Não obstante isso, a Lei n. 8112/1990 assim dispôs:

Art. 86. O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

§ 1º O servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, dele será afastado, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º A partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, assegurados os vencimentos do cargo efetivo, somente pelo período de três meses. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Nesses termos, considerando que a Constituição Federal determina o afastamento do candidato-servidor público de suas atividades funcionais no prazo especificado em lei complementar - 03 (três) meses antes do pleito, não se pode conceber que durante esse período se veja privado de receber o vencimento que lhe é devido.

Da desincompatibilização decorre, necessariamente, a manutenção desta verba, haja vista a sua natureza alimentar.

Ademais, se não houver o afastamento das funções, certo é o registro da candidatura não será deferido, ficando, pois, inelegível.

Nesse caso, estar-se-ia aplicando uma sanção a quem, legitimamente, buscou exercer seus direitos políticos, o que é incompatível com os ditames do sufrágio universal.

Nesse contexto, a LC n. 64/1990 e o artigo 86 da Lei n. 8112/1990, garantem àqueles que se afastam de suas funções para concorrer a cargos político-eletivos a percepção dos vencimentos integrais nos 03 (três) últimos meses antes da realização das eleições.

Por outro lado, o termo "vencimentos integrais" a que se refere o art. 1º, inc. II, "I", da LC 64/90 corresponde ao vencimento básico acrescido das vantagens pecuniárias permanentes, não alcançando aquelas vantagens de natureza individual e transitória, sendo que a Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social – GDASS seria dessa segunda espécie e, portanto, não haveria ilegalidade no seu afastamento durante o período de licença.

O art. 6º-A da Lei nº 10.855/2004 estabelece que a remuneração dos servidores integrantes da Carreira do Seguro Social será composta das seguintes parcelas:

“I - Vencimento Básico, nos valores indicados nas Tabelas constantes do Anexo IV-A desta Lei; [\(Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009\)](#)

II - Gratificação de Atividade Executiva, de que trata a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992; e [\(Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009\)](#)

III - Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social - GDASS, nos valores indicados nas Tabelas constantes do Anexo VI-A desta Lei I - Vencimento Básico, nos valores indicados nas Tabelas constantes do Anexo IV-A desta Lei; [\(Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009\)](#)”

Por seu turno, o art. 11 da referida lei estabelece que “Fica instituída a Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social - GDASS, devida aos integrantes da Carreira do Seguro Social, **quando em exercício de atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo no INSS**, em função do desempenho institucional e individual. [\(Redação dada pela Lei nº 12.702, de 2012\)](#)”

Depreende-se da definição legal que a referida gratificação decorre do exercício das atividades laborais e em razão do desempenho do servidor. É, portanto, gratificação de natureza individual e transitória.

Postas essas balizas, há que se verificar se a Lei, ao estabelecer a manutenção dos vencimentos integrais para aqueles servidores públicos que se afastam de suas funções para candidatar-se a cargo eletivo de mandato político englobam as gratificações que integram a remuneração ou somente o vencimento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se pela não inclusão da percepção dessas parcelas, a título de gratificação, integrantes da remuneração. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR DO ESTADO. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE E DE DESEMPENHO. VANTAGENS PROPTER LABOREM. AFASTAMENTO PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO. MANUTENÇÃO. VEDAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESTADUAL PERTINENTE.

I - A gratificação propter laborem só é devida enquanto o servidor estiver exercendo a atividade que a enseja.

II - Na espécie, a lei estadual nº 8.207/02 assegura aos Procuradores do Estado da Bahia a Gratificação de Produtividade-GPE/P e de Desempenho-GPE/D "de acordo com a produtividade e desempenho" do servidor; vedando o pagamento, à exceção das hipóteses nele previstas, ao servidor que estiver afastado do cargo.

Recurso ordinário desprovido.

(RMS 20.682/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 10/09/2007, p. 244)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. AFASTAMENTO PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. VENCIMENTOS INTEGRAIS. NÃO INCLUSÃO DE GRATIFICAÇÕES DE NATUREZA PROPTER LABOREM. PRECEDENTES.

1. Durante o período de afastamento para concorrer a cargo eletivo, os servidores públicos não têm direito ao recebimento de gratificações de natureza propter laborem que, por serem devidas apenas ao servidor que efetivamente presta a atividade pertinente ao cargo ou prevista na lei, não se enquadram no conceito de vencimentos integrais previsto na Lei Complementar nº 64/90.

2. Recurso especial provido em parte.

(REsp 714.843/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009)

No mesmo sentido, registro precedente desta Corte Regional:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PARA ATIVIDADE POLÍTICA. RECEBIMENTO DE GRATIFICAÇÃO DE NATUREZA PROPTER LABOREM. IMPOSSIBILIDADE. APELO PROVIDO.

I - A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento segundo o qual, no período de afastamento em razão de licença para atividade política, os servidores públicos não tem direito ao recebimento de gratificações de natureza propter laborem, dentre as quais se inclui a Gratificação de Desempenho de Atividade do Seguro Social - GDASS ora pleiteada pelo autor.

II - Apelação provida.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2288674 - 0006389-26.2016.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 05/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2018)

Assim, uma vez que a GDASS constitui gratificação *propter laborem* não faria jus o apelante à sua percepção durante o período de afastamento.

Por sua vez, não se vislumbra a aventada inconstitucionalidade do ato administrativo.

O ato que determinou o afastamento da percepção não se confunde com ato legislativo e, assim, não pode ser considerado inconstitucional.

Tratou-se de ato que aplicou a norma legal, cuja interpretação adotada encontra amparo na citada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Tampouco depreende-se violação aos princípios democrático e da isonomia, constituindo opção do servidor o exercício de atividade política, com o conseqüente afastamento das funções, suportando os devidos ônus.

Portanto, de rigor a manutenção da sentença.

Verba honorária

Diante da sucumbência recursal do autor, é de se majorar o valor dos honorários a teor do art. 85, §11º, CPC/2015.

Assim, majoro o valor dos honorários para 11% do valor atualizado da causa, observada a suspensão de que trata o art. 98, §3º, do CPC/15.

Do dispositivo

Ante o exposto, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL. LICENÇA PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLÍTICA. DIREITO À REMUNERAÇÃO PELO PERÍODO DE TRÊS MESES ANTES DO PLEITO ELEITORAL. ARTIGO 14 DA CRFB. LEI COMPLEMENTAR 64/1990. LEI 8112/1990. GRATIFICAÇÃO GDASS. NATUREZA PROPTER LABOREM. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Apelação interposta pelo autor contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade do ato administrativo que reduziu seus proventos, suspendendo o pagamento da gratificação GDASS durante o afastamento para licença política. Condenado o autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, do NCPC, sem prejuízo da observância do disposto no artigo 98, § 3º do NCPC.

2. A LC n. 64/1990 e o artigo 86 da Lei n. 8112/1990 garantem àqueles que se afastam de suas funções para concorrer a cargos político-eletivos a percepção dos vencimentos integrais nos 03 (três) últimos meses antes da realização das eleições.

3. O termo “vencimentos integrais” a que se refere o art. 1º, inc. II, “f”, da LC 64/90 corresponde ao vencimento básico acrescido das vantagens pecuniárias permanentes, não alcançando aquelas vantagens de natureza individual e transitória, sendo que a Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social – GDASS seria dessa segunda espécie e, portanto, não haveria ilegalidade no seu afastamento durante o período de licença.

4. Depreende-se da definição legal que a referida gratificação decorre do exercício das atividades laborais e em razão do desempenho do servidor. É, portanto, gratificação de natureza individual e transitória. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se pela não inclusão da percepção dessas parcelas, a título de gratificação, integrantes da remuneração.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000209-18.2016.4.03.6105

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

APELANTE: OSARK MOREIRA DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIO LINO DOS SANTOS SILVA - SP311077-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000209-18.2016.4.03.6105

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

APELANTE: OSARK MOREIRA DA SILVA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Apelação interposta pelo autor, OSARK MOREIRA DA SILVA, ex- militar vinculado ao Comando do Exército, contra sentença (ID 32888921), que julgou improcedente o pedido inicial de nulidade do ato administrativo de licenciamento em virtude da incapacidade e reintegração às fileiras do Exército para tratamento ou, alternativamente, a conversão em reforma por invalidez com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato, bem como condenou a parte autora em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa e custas, suspensos em razão da gratuidade da justiça.

Em suas razões recursais (ID 3288923), a parte autora repisa a inicial e aduz:

- o licenciamento é ilegal quando a debilidade física surgir no exercício de atividades castrenses, devendo ser reintegrado para tratamento médico hospitalar;
- laudo médico pericial oficial, confirma as alegações presentes na inicial, no sentido de que o demandante é usuário de drogas nocivas à saúde, CID 10 (F 19.1) necessitando de tratamento;
- a requisição de desligamento feita pelo então militar, em março de 2015, decorreu de coação exercida por seus superiores hierárquicos que souberam do seu problema com substâncias psicoativas.

Apresentadas as contrarrazões (ID 3288925), subiram os autos a esta Corte Regional.

Juntado relatório médico pela parte autora (ID 3879348/3879347). Manifestação da UNIÃO em ID (40215407).

É o relatório.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: OSARK MOREIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIO LINO DOS SANTOS SILVA - SP311077-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Admissibilidade.

Tempestivo e próprio o apelo, dele conheço e o recebo em seus regulares efeitos.

Do mérito

Emrazões, o apelante pretende “*o reconhecimento da nulidade do ato administrativo disciplinar de seu licenciamento, determinando à União que proceda a reintegração do autor; ora apelante como adido, desde a eclosão de sua enfermidade em março de 2015, ao serviço ativo das Forças Armadas, com o consequente restabelecimento dos seus vencimentos desde o licenciamento em 28 de fevereiro de 2015, com base no soldo correspondente à função (Cabo do Exército), que ocupava quando do seu licenciamento, bem como, a manutenção de seu tratamento médico, nas organizações militares de saúde até a sua cura ou estabilização do quadro, nos termos da Portaria 749, de 17 de setembro de 2012 e demais legislações castrense referenciada nos autos*”.

Segundo a inicial, o autor foi incorporado em 01.03.2006, sendo licenciado do serviço ativo do Exército em 28.02.2008 e reincorporado em 01.03.2012.

Contudo, o autor restou licenciado definitivamente em 28.02.2015 mesmo estando “*acometido de incapacidade de dependência físico-psíquica de substâncias psicoativa*”, o que lhe garantiria a permanência no serviço ativo para fins de tratamento médico até sua recuperação ou estabilização ou, eventualmente, a reforma por incapacidade com remuneração correspondente ao grau hierárquico superior e demais vantagens, nos termos do art. 108, VI, da Lei n.º 6.880/80.

Aduz o apelante que a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece a toxicomania como doença mental.

Deste modo, pleiteia o reconhecimento da nulidade do ato administrativo de licenciamento, a reintegração como adido, desde a eclosão da enfermidade em março de 2015, ao serviço ativo das Forças Armadas, o consequente restabelecimento dos vencimentos desde o licenciamento em 28 de fevereiro de 2015, com base no soldo correspondente à função (Cabo do Exército), que ocupava.

Por sua vez, a União sustenta legalidade do licenciamento e que o autor somente poderia ser reintegrado como adido e eventualmente reformado se sofresse de incapacidade definitiva e total (atividades civis e militares), decorrente de uma das situações descritas nos incisos I a V do art. 108 da Lei n.º 6.880/80, isto é, lesão ou moléstia que tenha relação de causa e efeito com suas atividades militares.

Alega, ainda, que o desligamento do autor das fileiras do Exército foi solicitado pelo mesmo, através de declaração de próprio punho, inclusive com o apontamento: “*Por ter em vista um emprego de melhor remuneração e motivos particulares*”.

Vejamos.

Digno de nota que a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que é ilegal o licenciamento de militar que se encontra temporariamente incapacitado e necessita de tratamento médico. Assim, consoante orientação jurisprudencial, o militar licenciado nessas condições tem direito a ser reintegrado.

O direito à reintegração contempla o direito a receber tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, além do soldo e das demais vantagens desde a data do indevido licenciamento.

Importante notar que esse direito independe de a incapacidade ter ou não relação de causa e efeito com o serviço militar e de ser o militar temporário ou não.

Confiram-se os julgados nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MILITAR TEMPORÁRIO. LESÃO SURGIDA DURANTE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE CASTRENSE. REINTEGRAÇÃO. TRATAMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. A indicada afronta aos arts. 20, 130, 219, 263, 333, I, 436, 437, 458 e 467 do CPC de 1973; ao art. 85, § 3º, do CPC; ao art. 31 da Lei 4.375/1964 e aos arts. 876, 884 e 885 do CC/1916 não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esse dispositivo legal. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 2. A desconstituição das premissas lançadas pela instância de origem acerca da incapacidade parcial e temporária do Autor; da existência de relação entre a doença suportada pelo demandante e o serviço militar; bem como da respectiva necessidade de sua reintegração na condição de adido para fins de tratamento de saúde, ensejaria o revolvimento do acervo fático, procedimento que, em Recurso Especial, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, em se tratando de militar temporário ou de carreira, o ato de licenciamento será ilegal quando a debilidade física surgir durante o exercício de atividades castrenses, fazendo jus, portanto, à reintegração aos quadros da corporação para tratamento médico-hospitalar; a fim de se recuperar da incapacidade temporária.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1732051/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 02/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR TEMPORÁRIO. ENFERMIDADE. INCAPACIDADE SURGIDA DURANTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LICENCIAMENTO. NULIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A MOLÉSTIA E O TRABALHO REALIZADO. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. O acórdão recorrido não destoia da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o militar temporário, em se tratando de debilidade física acometida durante o exercício de atividades castrenses, não pode ser licenciado, fazendo jus à reintegração aos quadros militar es para tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, sendo-lhe assegurada a percepção de soldo e demais vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento. Precedente: AgInt no REsp 1.628.906/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 27/9/2017.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1469472/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. MILITAR INCAPACITADA PARA O SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO AO TEMPO DO DESLIGAMENTO. REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa aos arts. 489 e 1022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. Na hipótese dos autos, a militar estava temporariamente incapacitada para o serviço ativo do Exército ao tempo do desligamento. Com efeito, o entendimento da jurisprudência do STJ é de que o militar acometido de doença incapacitante, durante a prestação do serviço castrense, faz jus à reintegração para tratamento médico-hospitalar adequado, sendo-lhe assegurada a percepção das vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento. Dessa forma, a harmonia entre o acórdão impugnado e a jurisprudência do STJ atrai a aplicação da Súmula 83 do STJ.

3. No mais, a irresignação na moldura delineada, no tocante à incapacidade e ao nexo causal entre a moléstia e a atividade militar; não comporta trânsito, porquanto a mudança das conclusões adotadas pelo Tribunal de origem exige novo exame do acervo fático-probatório dos autos, sendo vedado em Recurso Especial ante o óbice contido na Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1667972/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MILITAR DO EXÉRCITO. LICENCIAMENTO. ANULAÇÃO. REINTEGRAÇÃO PARA TRATAMENTO MÉDICO. POSSIBILIDADE. OFENSA A DECRETO REGULAMENTAR. EXAME, EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO LEI FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que é ilegal o licenciamento do militar temporário que, à época, encontrava-se incapacitado, necessitando de tratamento médico, razão pela qual, uma vez determinada sua reintegração ao serviço ativo das Forças Armadas, serão devidas as parcelas remuneratórias do período em que esteve licenciado. Precedentes: STJ, REsp 1.276.927/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/02/2012; STJ, AgRg no AREsp 563.375/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/12/2014. II. Para fins de exame do direito à reintegração ao serviço militar para tratamento de saúde, é irrelevante perquirir se a incapacidade temporária do ex-militar tem, ou não, relação de causa e efeito com o serviço castrense, pois tal questão somente será relevante na hipótese de posterior reforma por incapacidade definitiva. Inteligência dos arts. 108 a 111 da Lei 6.880/80. III. Esta Corte "possui entendimento de que o Decreto regulamentar não se enquadra no conceito de lei federal, o que inviabiliza sua discussão na via excepcional" (STJ, AgRg no REsp 1.421.807/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2014). IV. Agravo Regimental improvido.

(AGRESP 201101358840, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJE 18/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MILITAR LICENCIADO. REINTEGRAÇÃO COMO ADIDO PELO PERÍODO NECESSÁRIO À CONCLUSÃO DE TRATAMENTO MÉDICO DE MOLÉSTIA SURGIDA QUANDO EM ATIVIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que o militar temporário ou de carreira, em se tratando de debilidade física acometida, não pode ser licenciado, fazendo jus o servidor militar à reintegração aos quadros militares para tratamento médico-hospitalar adequado à incapacidade temporária, sendo-lhe assegurada a percepção de soldo e demais vantagens remuneratórias desde a data do indevido licenciamento. Precedentes: AgRg no AREsp 7.478/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 13/10/2011; AgRg no Ag 1.340.068/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/2/2012; REsp 1.276.927/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/2/2012. 2. Agravo regimental não provido.

(AGARESP 201201952296, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 08/05/2013)

Ou seja, não basta que seja oferecido tratamento após o licenciamento, dissociado do pagamento de soldos. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, é necessário que o militar seja mantido nas Forças Armadas e perceba soldo enquanto recebe o tratamento médico que lhe é devido.

Considerando os fatos relatados, os seguintes dispositivos do Estatuto dos Militares - Lei 6.880/1980 - são relevantes para o deslinde da controvérsia:

Considerando os fatos relatados, os seguintes dispositivos do Estatuto dos Militares - Lei 6.880/1980 - são relevantes para o deslinde da controvérsia:

Art. 104. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante reforma, se efetua:

I - a pedido; e

II - ex officio.

Art. 106. A reforma ex officio será aplicada ao militar que:

(...)

II - for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

(...)

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

(...)

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e

V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e (Redação dada pela Lei nº 12.670, de 2012)

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

(...)

§ 1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

§ 2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.

(...)

Art. 111. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do item VI do artigo 108 será reformado:

I - com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada; e

II - com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação, desde que, com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

Da análise dos dispositivos infere-se que:

a) o militar, em razão de acidente em serviço (art. 108, III), julgado incapaz definitivamente para o serviço militar, tem direito a aposentadoria *ex officio* (art. 106, II), independentemente de seu tempo de serviço (art. 109), vale dizer, sendo ou não estável, presentes esses requisitos, não há nenhuma margem para discricionariedade da Administração quanto a conceder ou não a reforma;

b) se o acidente ou doença, moléstia ou enfermidade não tiver relação de causa e efeito com o serviço militar (art. 108, VI), a reforma somente é devida ao militar estável, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, ou quando não estável, estiver incapacitado permanentemente para qualquer trabalho (inválido).

c) nos casos das doenças incapacitantes descritas no artigo 108, inciso V, dentre elas a alienação mental, a reforma é devida independentemente do tempo de serviço, com proventos integrais.

Pertinente, também, esclarecer o que a legislação militar considera como "alienação mental".

O Estatuto Militar revogado, Lei n. 5.774/71, já previa a alienação mental como uma das doenças incapacitantes e a definia como sendo "todo caso de distúrbio mental ou neuro-mental grave persistente, no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, permaneça alteração completa ou considerável na personalidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o indivíduo total e permanentemente impossibilitado para qualquer trabalho (art. 112, §4º)".

A Portaria n. 1.174 do Ministério da Defesa, de 06.09.2006, que aprovou as normas para avaliação da incapacidade decorrente das doenças especificadas em lei pelas Juntas de Inspeção de Saúde das Forças Armadas replicou o conceito de alienação mental trazido pelo antigo Estatuto dos Militares e acrescentou casos excepcionalmente considerados como alienação mental e excluiu outros, dentre os excluídos os casos de alcoolismo e de dependência de drogas, confira-se:

Portaria n. 1.174 do Ministério da Defesa, de 06.09.2006

(...)

Conceitua-se como alienação mental todo o caso de distúrbio mental ou neuromental grave e persistente, no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o indivíduo totalmente inválido para qualquer trabalho.

(...) as juntas de saúde poderão identificar alienação mental no curso de qualquer enfermidade psiquiátrica desde que, em seu estágio evolutivo, estejam satisfeitas todas as condições a seguir discriminadas: a) Seja enfermidade mental ou neuromental; b) seja grave e persistente; c) seja refratária aos meios habituais de tratamento; d) provoque alteração completa ou considerável da personalidade; e) comprometa gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição da autodeterminação e do pragmatismo; f) torne o indivíduo total ou permanentemente inválido para qualquer trabalho; e g) haja um nexó assintomático entre o quadro psíquico e a personalidade do indivíduo.

(...)

2.3. não são casos de alienação mental:

(...)

c) alcoolismo, dependência de drogas e outros tipos de dependência orgânica.

(...)

Atualmente a matéria é tratada pela Portaria n. 47/Ministério da Defesa (MD), de 21.07.2016, na qual se observa que o quadro de doenças incapacitantes, antes estanque, passa a ter uma certa flexibilização a depender efetivamente da constatação da situação mórbida do periciando.

Curial notar, igualmente, que a própria Portaria atualmente em vigor traz os conceitos de incapacidade e invalidez, os quais considera relevantes, mas ressalta não haver critérios rígidos para a caracterização de invalidez e que o alcoolismo e a dependência de drogas, somente em grau avançado, com a CID F10.7 (*Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - transtorno psicótico residual ou de instalação tardia*) é caso de alienação mental.

Oportuna a transcrição dos excertos seguintes:

(...) PORTARIA NORMATIVA Nº 47/MD, DE 21 DE JULHO DE 2016

Conceitos relevantes patologia; e Para o entendimento desta legislação, são relevantes os seguintes conceitos:

a) incapacidade: é a perda temporária ou definitiva pelo inspecionado da capacidade laboral em decorrência das repercussões clínicas de determinada

b) invalidez: é a perda definitiva pelo inspecionado das condições mínimas de saúde para o exercício de qualquer atividade laboral formal, nos âmbitos civil ou militar.

Nos casos de inspecionados em atividade, pensionistas e dependentes, o enquadramento em invalidez obedece a parâmetros clínico-funcionais específicos para cada caso, comprovada a repercussão da doença sobre a capacidade laboral em caráter amplo e definitivo, seja por doença especificada em lei ou não.

Para a avaliação de inspecionados inativos, já reformados por idade-limite ou por doença, a invalidez deverá ser avaliada pelo grau de limitação imposto pela doença especificada na realização das atividades rotineiras inerentes às suas faixas etárias. Não há critérios rígidos para enquadramento em invalidez, mesmo nos casos em que tal condição decorra de doenças especificadas em lei.

Por outro lado, nos casos daquelas doenças em que por denominação ou definição, a incapacidade para todo e qualquer trabalho seja condição inerente, como nos casos de alienação mental, cardiopatia grave, cegueira, estados avançados da doença de Paget, nefropatia grave, paralisia irreversível e incapacitante e hepatopatia grave, o enquadramento em invalidez torna-se mandatório.

Nos casos das doenças em que o enquadramento legal não está necessariamente atrelado à condição de invalidez, esta decorrerá da análise de todos os fatores médico-periciais pertinentes a cada caso em particular que subsidiem tal enquadramento, como a condição clínica do periciado, quer seja decorrente da própria doença ou de seus tratamentos; a reversibilidade ou não das repercussões da doença sobre a capacidade laboral ou atividades rotineiras;

(...)

1. Conceituação 1.1. Conceitua-se como alienação mental todo caso de distúrbio mental ou neuromental grave e persistente, no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação e do pragmatismo e tornando o indivíduo total e permanentemente inválido para qualquer trabalho As Juntas de Inspeção de Saúde e os AMP deverão "preservar-se contra uma exagerada admissão de irresponsabilidade" (N. Hungria) e identificar, no quadro clínico de alienação mental, os seguintes elementos: sociedade; e a) transtorno intelectual: atinge as funções mentais em conjunto e não apenas algumas delas; b) falta de autoconsciência: o indivíduo ignora o caráter patológico de seu transtorno ou tem dele uma noção parcial ou descontínua; c) inadaptabilidade: o transtorno mental é evidenciado pela desarmonia de conduta do indivíduo em relação às regras que disciplinam a vida normal em d) ausência de utilidade: a perda da adaptabilidade redundando em prejuízo para o indivíduo e para a sociedade (Beca Soto) As Juntas de Inspeção de Saúde e os AMP poderão identificar alienação mental no curso de qualquer enfermidade psiquiátrica desde que, em seu estágio evolutivo, estejam satisfeitas todas as condições a seguir discriminadas: a) seja enfermidade mental ou neuromental; b) seja grave persistente; Portaria Normativa Portaria nº Normativa 47 de 2247 de () julho 2016 () SEI/SEI//pg. 2/pg. 2

3 c) seja refratária aos meios habituais de tratamento; d) provoque alteração completa ou considerável da personalidade; e) comprometa gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição da autodeterminação e do pragmatismo; f) torne o indivíduo total e permanentemente inválido para qualquer trabalho; e g) haja um nexó sintomático entre o quadro psíquico e a personalidade do indivíduo São considerados meios habituais de tratamento: a) psicoterapia; b) psicofarmacoterapia; e c) terapêutica biológica (eletroconvulsoterapia, insulinoaterapia, entre outros) Não é considerado meio de tratamento a utilização de psicofármacos em fase de experiência laboratorial. 2. Quadros clínicos que cursam com a alienação mental 2.1. São necessariamente casos de alienação mental, satisfeitas as condições discriminadas nas alíneas d, e e f do subitem 1.3.: a) demência; b) esquizofrenia; c) transtorno delirante persistente; e d) retardo mental profundo ou grave. **2.2 São excepcionalmente considerados casos de alienação:** a) transtorno de personalidade e do comportamento devido à doença, lesão ou disfunção cerebral e que satisfizer as três condições a seguir citadas: seja grave, crônico e resistente ao tratamento; b) retardo mental moderado e que satisfizer as três condições a seguir citadas: atraso acentuado no desenvolvimento na infância, mínimo grau de independência quanto aos cuidados pessoais e mínimo grau de comunicação social e habilidade acadêmica; c) transtorno afetivo bipolar grave com sintomas psicóticos ou transtorno depressivo recorrente grave com sintomas psicóticos e que satisfizerem as duas condições a seguir citadas: sejam crônicos e resistentes ao tratamento; **d) transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de substância psicoativa e que satisfizerem as três condições a seguir citadas: presença de sintomas psicóticos, comprometimento grave e irreversível de personalidade e refratariedade ao tratamento;** e) casos graves de epilepsia e que satisfizerem a uma das condições a seguir citadas: predominância de sintomas de demência, resistência terapêutica ou elevada frequência de surtos psicóticos; f) autismo infantil ou atípico; e g) Síndrome de Rett Não são casos de alienação mental: a) Síndrome amnésica orgânica; b) transtornos esquizotípico, esquizoafetivo ou psicótico agudo e transitório; c) transtornos afetivos, exceto os que satisfizerem as condições apresentadas no subitem 2.2; d) Delirium; **e) transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de substância psicoativa, exceto os que satisfizerem as condições apresentadas no subitem 2.2;** f) transtornos fóbico, ansioso, obsessivo-compulsivo, dissociativo, somatoforme, relacionado ao estresse ou de adaptação; g) síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos; h) transtornos da personalidade e do comportamento do adulto, exceto os devidos a doença, a lesão ou a disfunção cerebral e que satisfizerem as condições apresentadas no subitem 2.2; i) transtornos dos hábitos e dos impulsos, de preferência sexual ou associados ao desenvolvimento sexual e à sua orientação; j) retardo mental leve; k) transtornos do desenvolvimento psicológico, exceto autismo e Síndrome de Rett; e l) transtornos hipercinéticos ou de conduta Os casos excepcionalmente graves e persistentes de estados psicopatológicos, citados nas letras a, b e c do item 2.3. desta Legislação podem, entretanto, causar invalidez. 3. Normas de Procedimento das Juntas de Inspeção de Saúde e dos AMP Alienação Mental 3.1. As Juntas de Inspeção de Saúde e os AMP, para maior clareza e definição imediata da situação do inspecionando, deverão fazer constar, obrigatoriamente, nos laudos de alienação mental os seguintes dados: a) diagnóstico da enfermidade básica, inclusive o diagnóstico numérico, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID), edição aprovada para uso nas Forças Armadas; b) estado da condição que confere a alienação mental nos casos discriminados no subitem 2.2; e c) expressão "alienação mental" entre parênteses Se os laudos concluírem por alienação mental, deverão ser firmados em diagnósticos que não se confundam com os quadros de reações psíquicas isoladas, intercorrências psicorreativas e distúrbios orgânicos subjacentes, dos quais sejam simples epifenômenos Para os casos discriminados no subitem 2.2., a simples menção do grau ou intensidade da enfermidade não esclarece a condição de "alienação mental" se não estiver mencionado o estado da condição que confere a alienação mental. Mental); Não poderão ser emitidos laudos de alienação mental com base em diagnóstico de enfermidade psiquiátrica aguda. Constituem exemplos de laudos: a) "Esquizofrenia Paranóide, F.20.0 CID 10 (É caso de Alienação Mental)"; b) Demência na doença de Alzheimer; F00.1 CID 10 (É caso de Alienação mental); c) Transtorno depressivo recorrente grave com sintomas psicóticos - estado crônico e resistente ao tratamento, F33.3 CID 10 (É caso de Alienação **d) Transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool estado psicótico, com comprometimento grave e irreversível de personalidade e refratariedade ao tratamento, F10.7 CID 10 (É caso de Alienação Mental);** e) Retardo mental moderado estado de atraso acentuado no desenvolvimento na infância, mínimo grau de independência quanto aos cuidados pessoais Portaria Normativa Portaria nº Normativa 47 de 2247 de () julho 2016 () SEI/SEI//pg. 3 /pg. 34 e mínimo grau de comunicação social e habilidade acadêmica, F71 CID 10 (É caso de Alienação Mental); f) Síndrome amnésica orgânica não induzida pelo álcool, F04 CID 10 (Não é caso de Alienação Mental); g) Amnésia dissociativa, F44.0 CID 10 (Não é caso de Alienação Mental); e h) Transtorno de Personalidade Paranóica, F60.0 CID 10 (Não é caso de Alienação Mental) A alienação mental é condição que determina a invalidez. As Juntas de Inspeção de Saúde e os AMP, ao concluírem seus laudos com um diagnóstico subordinado ao conceito de alienação mental, deverão encaminhar o inspecionando ao órgão competente de sua Força Singular para condução da medida legal conveniente ao caso: medida de segurança, interdição, administração provisória e outros casos, na forma prevista em Lei A medida legal superveniente à conclusão das Juntas de Inspeção de Saúde e dos AMP complementar, indispensavelmente, o processo administrativo de reforma (ou aposentadoria) do inspecionando portador de alienação mental.(...)(g.n)

Da leitura dos dispositivos transcritos, infere-se que de fato não há correlação direta e necessária entre a utilização de substâncias psicoativas e do alcoolismo com a alienação mental.

A resolução depende do estágio da doença e grau de comprometimento da saúde do indivíduo, que nos termos descritos nas normas de regência referem-se: ao grau de afetação da personalidade, do juízo de valor e realidade, da autodeterminação e pragmatismo.

O que não destoia do que preconiza a Organização Mundial de Saúde que apontam o uso de drogas e álcool como causas possíveis de alienação mental.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. MILITAR. REFORMA. ALCOOLISMO. INCAPACIDADE DEFINITIVA NÃO COMPROVADA. LEI N.º 6.880/80. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- 1. Não obstante a possibilidade de se equiparar o alcoolismo à alienação mental, de acordo com classificação da Organização Mundial de Saúde, ensejando a reforma por incapacidade definitiva, com proventos do grau hierárquico imediatamente superior ao que possuir na ativa, há de se ter sob mira que o caso dos autos não se conforma à hipótese delineada.*
- 2. Em verdade, a partir de uma análise mais acurada do inciso V do artigo 108 da Lei n.º 6.880/80, constata-se a gravidade como ponto em comum entre as doenças elencadas, tendo o legislador, inclusive, o cuidado de expressar, por exemplo, que a cardiopatia e a nefropatia devem ser graves. Nessa senda, exsurge que também o alcoolismo somente ensejará a reforma, quando possuir gravidade equivalente a das demais moléstias listadas, ou seja, quando realmente conduzir à incapacidade definitiva.*
- 3. De fato, os elementos constantes dos autos permitem, sem necessidade de reexame fático-probatório, afirmar que não restou demonstrada a incapacidade definitiva, de acordo com o laudo pericial.*
- 4. Assim, impende salientar que o alcoolismo, no estágio desenvolvido pelo autor, não caracteriza incapacidade definitiva equiparável às enfermidades do inciso V do artigo 108 da Lei n.º 6.880/80, muito menos a impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho, exigida no parágrafo 1º do artigo 110 do sobredito diploma legal. Dessarte, incabível a reforma pleiteada com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa.*
- 5. Ademais, no momento da transferência do autor para a reserva, ele já não apresentava os sintomas da doença, não havendo, pois, incapacidade definitiva para o trabalho militar, de modo que realmente não lhe deveria ter sido concedida a reforma.*
- 6. Por conseguinte, também é incabível o auxílio-invalidez, tendo em vista que este somente é devido ao militar "reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, impossibilitado total e permanente para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de sua subsistência" (artigo 126, caput, da Lei n.º 5.787/72).*

7. Recurso especial provido.

(REsp 673.013/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 638)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. REFORMA. ALCOOLISMO. INCAPACIDADE DEFINITIVA AFASTADA. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃOS EM COTEJO ORIUNDOS DO MESMO ÓRGÃO JULGADOR. SÚMULA 353/STF. DISCUSSÃO A RESPEITO DE APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

- 1. Os embargos de divergência em recurso especial, ao tempo em que solucionam a lide, têm por finalidade possibilitar ao Superior Tribunal de Justiça que resolva a discordância existente entre seus órgãos fracionários na interpretação de lei federal. Tem como objetivo a uniformização da jurisprudência interna corporis, na lição de Bernardo Pimentel Souza (Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, Brasília: Brasília Jurídica, 2.000, p. 353).*
- 2. Acórdãos em cotejo oriundos do mesmo órgão colegiado e os que aplicam regra técnica de conhecimento de recurso especial, tais como aquelas referentes à ausência de prequestionamento e ao reexame de provas, não se prestam à demonstração de divergência.*
- 3. Hipótese em que o acórdão embargado afastou a tese, adotada pelo Tribunal de origem, de que o alcoolismo, por ser equiparado à doença mental de acordo com a Organização Mundial de Saúde, enseja reforma do militar no grau hierárquico imediatamente superior e, afastando o óbice da Súmula 7/STJ, assentou que o estágio de alcoolismo desenvolvido pelo ora embargante não determina a reforma pleiteada.*

Os acórdãos paradigmas oriundos de outro órgão julgador, todavia, tratam tão-somente da impossibilidade do reexame de provas em recurso especial.

4. Embargos de divergência não conhecidos.

(*EREsp 673.013/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2005, DJ 26/09/2005, p. 177*)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. EXPULSÃO. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. IMPUTABILIDADE COMPROVADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que o processo administrativo que resultou na expulsão do recorrente das fileiras da Polícia Militar observou todos os ditames previstos na legislação para aplicação dessa penalidade, especialmente o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, não se vislumbrando vícios na instrução que pudessem vir a ensejar sua anulação. Entendeu ainda que "o ex-Sd PM pretende alcançar reconhecimento de suposta incapacidade à época dos fatos (ou diminuição de entendimento), o que não merece guarida. Não há como o Magistrado reconhecê-la sem comprovação médica cabal de sua existência. (...) De fato, apreende-se dos autos que o Apelante possuía registros de passagens e avaliações pelo setor de Psiquiatria do HPM, inclusive por uso de drogas. Mas, como já frisado em 1º grau, no momento de sua exclusão da Corporação inexistiam quaisquer provas de que fosse totalmente incapaz ou inimputável." (fl. 260, e-STJ).

2. É inviável, portanto, analisar a tese defendida no Recurso Especial, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplica-se, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Recurso Especial não conhecido.

(*REsp 1666598/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 20/06/2017*)

Infere-se, então, que na legislação em vigor à época do desligamento do militar havia previsão de que a alienação mental fosse detectada com base nos parâmetros acima referidos.

Logo, no caso dos autos, há de se perquirir se o estado mórbido do militar à época de seu desligamento o incapacitava tanto para o serviço militar quanto para os atos da vida civil, se esta incapacidade, eventualmente, era temporária ou permanente ou, ainda, se caracterizava alienação mental.

Dos documentos coligidos, em especial da Folha de Alteração do militar acostada em IDs 3288900/3288899, verifica-se que:

- o militar foi incorporado em 01.03.2006 - fl. 68;
- licenciado em 29.02.2008 em virtude na "inexistência de claros no Efetivo";
- reincorporado em 03.2012, conforme Portaria n. 412-CMT Ex, que autorizou a reincorporação de reservistas voluntários;
- Inspeções de Saúde e Exames Pré TAF nas quais o autor foi considerado "APTO";
- Punição de praça 01.2013 devido a apresentação com "barba grande";
- Punição de praça 03.2013 devido a saída do quartel sem informação ou justificativa;
- Punição de praça 11.2014 devido à falta injustificada;
- Prorrogações e reengajamentos de tempo de serviço normalmente autorizadas até 03.2015;
- Inspeção de Saúde n. 974/2014 (ID 3288904), sessão 11/2014: "APTO A. Obs: o parecer "apto A" significa que o inspecionado satisfaz os requisitos regulamentares possuindo boas condições de robustez física, podendo apresentar pequenas lesões, defeitos físicos ou doenças, desde que compatíveis com o serviço militar.";
- Licenciamento por término de reengajamento em 03.2015, a contar de 28.02.2015, de acordo como inciso II do art. 170 das Normas Técnicas para prestação de Serviço Militar Temporário.

Em ID 3288905, foram juntados os prontuários médicos do militar constantes nos arquivos do Exército, dentre os quais destaca-se o Registro de Visita Médica de 05.03.2015, onde registra-se que houve missão para busca do militar em sua residência e que o mesmo foi encontrado em estado de sonolência e com fala arrastada, tendo sido "reportado pelo militar o uso de álcool e outras substâncias na noite anterior".

Tal evento foi considerado transgressão grave, o militar foi punido com prisão administrativa de 05 dias (ID 388905), a qual não foi efetivada devido ao licenciamento do militar.

Nas demais atas de inspeção de saúde o militar foi considerado apto para as atividades castrenses, não há diagnóstico de síndrome de dependência do álcool ou substâncias psicoativas.

Em Juízo, no laudo acostado em ID 3288909, a perícia médica concluiu que:

(...) A partir do histórico levantado e do exame psíquico, pode-se concluir que o

periciando apresenta uso de múltiplas drogas nocivo para a saúde (CID 10 - F19.1).

Periciando relata uso de substâncias químicas lícita (álcool) e ilícitas (cocaína) desde 2012, seu uso causa efeitos nocivos a sua saúde, porém não chega a preencher os critérios para dependência química, uma vez que não apresenta sintomas físicos de abstinência, tolerância, não explicita qual a quantidade de costumava utilizar; está conseguindo diminuir o uso sem tratamento médico. Os relatos do periciando e da mãe são inconsistentes quanto a procura por tratamento médico, mãe afirma que desde de 2015 não procuram atendimento médico. O fato de o periciando nunca ter conseguido engajar num tratamento pode sugerir a não identificação de gravidade por parte dele.

Não há alterações no exame psíquico do periciando no momento da perícia, não

havendo o que se falar em incapacidade laboral. Pela história e documentos juntados nos autos não há comprovação segura de que periciando estava incapacitado no momento da assinatura do desligamento, sendo que a fala da mãe de que na noite da assinatura ele chegou em casa verbalizando que ele havia assinado o desligamento e que não queria saber mais do exército, corrobora para idéia de que ele tinha noção do que estava ocorrendo.(...)

Em resposta aos quesitos da UNIÃO, respondeu o expert que o autor era usuário de drogas com Cid F 19.1, que não há incapacidade tanto para ao serviço militar quanto para qualquer atividade laboral, não ser possível estabelecer relação de causa e efeito com as atividades castrenses, ser necessário tratamento psicológico com possibilidade de cura:

(...) “RESPOSTAS AOS QUESITOS DA UNIÃO

1. Abuso de álcool e cocaína.

2. Sim, F19.1.

3. Não há incapacidade.

4. Sim.

5. Prejudicada.

6. Não.

7. Não.

8. Sim, psiquiátrico e psicológico.

9. Sim.

10. Não. Não.

11. Não incapacita.

12. Prejudicada.

13. Nega estar trabalhando. “(...)

Em resposta aos quesitos do autor, esclareceu a perícia que: o autor relatou uso nocivo de cocaína e álcool desde 2012, que a moléstia é de caráter transitório, que o autor tem condições de discernimento e capacidade de gerir sua pessoa e administrar seus bens e que inexistente incapacidade tanto para o serviço militar, quanto social:

(...) RESPOSTAS AOS QUESITOS DO AUTOR

- 1. Sim, F19.1.*
- 2. Trata-se de um uso nocivo a saúde de drogas desde 2012.*
- 3. Álcool e cocaína.*
- 4. Ambulatório, a duração dependerá de vários fatores como adesão, eficácia das medicações, motivação. Pode ser eficaz.*
- 5. Uso de drogas nocivo a saúde. Transitório.*
- 6. Sim.*
- 7. Não há que se falar em incapacidade.*
- 8. Sem mais. (...)*

Note-se que não houve apontamento, quer pelos médicos do Exército, quer pelo perito judicial de incapacidade para o serviço militar. Ao contrário, todas as inspeções médicas as quais se submeteu o autor constataram sua aptidão para o serviço militar, mesmo após os episódios de falta injustificada e não cumprimento das regras, como a de fazer a barba, que lhe acarretaram punições disciplinares.

O atestado médico juntado em grau recursal pela parte autora, lavrado em 06.09.2017, que inclusive se encontra rasurado, atesta que o autor faz uso de substâncias psicoativas nocivas à saúde, mas não infirma a capacidade do autor para o serviço militar à época do licenciamento, ocorrido em 03.2015.

Diante disso, ponderando todas provas constantes nos autos tem-se por não comprovadas a alienação mental ocasionada pelo uso de drogas, com base na legislação de regência e as considerações supra sobre a mesma, bem como a situação de invalidez social, absoluta inaptidão para o exercício de qualquer atividade, nem ao menos a incapacidade temporária para o serviço militar à época do licenciamento.

Assim, entendo despropositada a anulação do ato administrativo de licenciamento como pretende a parte autora.

Nesse sentido, os julgados de Cortes Regionais:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CPC/1973. MILITAR TEMPORÁRIO. AERONÁUTICA. USUÁRIO DE DROGAS. LICENCIAMENTO. REINTEGRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO. 1. Mantém-se a sentença que negou a reintegração de ex-soldado à Aeronáutica para obter tratamento médico e reforma militar: 2. O autor, 23 anos, solteiro, ingressou na Aeronáutica como soldado temporário para o serviço militar inicial em 1/3/2012, aos 18 anos, e foi licenciado em 11/1/2013, após inspeção de saúde que o considerou portador de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas, incapaz definitivamente para o serviço militar. Não está inválido, pode exercer atividades civis. Não necessita de hospitalização, nem assistência ou cuidados de enfermagem. Não é alienação mental. 3. Evidente a hipótese de total inaptidão para o serviço, por parte de militar que chegou à Aeronáutica por força do serviço militar obrigatório. Deixou a Força com transtornos comportamentais não equiparados a alienação mental e sem qualquer relação com as atividades militares. Seu sucesso na vida profissional no retorno à condição de civil depende de sua opção por deixar as drogas. 4. Apelação desprovida.

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0000849-12.2014.4.02.5101, NIZETE LOBATO CARMO, TRF2 - 6ª TURMA ESPECIALIZADA.)

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO EX OFFICIO. PEDIDO DE REFORMA POR INCAPACIDADE. DEPENDÊNCIA QUÍMICA. DOENÇA SEM RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM A ATIVIDADE MILITAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. 1. O ato de licenciamento ex officio do militar na condição de temporário é discricionário e, assim, submete-se a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Castrense, que não pode ser compelida a manter em seus quadros militares não estabilizados. 2. A doença incapacitante apresentada pelo militar temporário da ativa que não guarde relação de causa e efeito com o serviço militar (inciso VI do art. 108) somente leva à reforma do militar na hipótese do inciso II do art. 111 do Estatuto Militar, ou seja, quando o militar, "com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho". Não sendo este o caso dos autos, em que a inspeção de saúde militar, contando com apoio de profissional da especialidade (psiquiatria), refutou a tese da incapacidade do autor da demanda para todo e qualquer trabalho, não tendo, ainda, o demandante manifestado, no momento próprio, interesse pela produção de provas, descabe enquadrar a pretendida reforma militar na hipótese do inciso II do inciso 111 da Lei 6.880/80. 3. Considerando-se que o Autor é militar temporário, sem estabilidade assegurada e que, conforme os elementos probatórios trazidos aos autos, não estava inválido à época de seu desligamento do serviço ativo, nem existe relação de causa e efeito entre sua condição de saúde, decorrente da dependência química, com o serviço ativo da Marinha, não faz jus à reforma postulada. 4. Apelação da parte autora desprovida. (TRF2. 0001575-37.2013.4.02.5160 (TRF2 2013.51.60.001575-4) Classe: Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho. Órgão julgador: 8ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 15/02/2016. Data de disponibilização 18/02/2016. Relator MARCELO PEREIRA DA SILVA)

MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REFORMA. DESCABIMENTO. ALCOOLISMO. DOENÇA SEM RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM A ATIVIDADE MILITAR. PROVA PERICIAL

I- Inicialmente, observa-se que o pedido de gratuidade de justiça já se encontra deferido pelo MM. Juiz a quo (fl. 52), sendo dispensável reiterá-lo nesta apelação.

II- Quanto ao mérito, pleiteia o autor a condenação da ré a reformá-lo, passando-o para reserva remunerada, em virtude de ser portador de enfermidade psiquiátrica decorrente ou associada ao uso de drogas e álcool. Requer, ainda, o pagamento das verbas em atraso, acrescidas de juros e correção monetária.

III- Verifica-se, no caso, que o ingressou no serviço ativo da Aeronáutica em 06/03/2003 e foi excluído dos quadros da FAB (licenciado a bem da disciplina) em 12/05/2005. Em inspeção de saúde realizada em 2005 para fins de licenciamento, o autor foi considerado apto.

IV- A legislação militar dispõe que o ingresso na carreira ocorre em caráter temporário, conforme se depreende do artigo 121, § 3º, a e b, da Lei n.º 6.880/80. O licenciamento ex officio será feito na forma da legislação e dos regulamentos, e ocorrerá inclusive por conclusão de tempo de serviço, nos termos da alínea a, § 3º, do citado artigo 121 da Lei n.º 6.880/80.

V- A estabilidade somente é conferida aos militares com mais de dez anos de efetivo serviço "nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas" (art. 50, IV, "a" da Lei n.º 6.880/80). E, na hipótese dos autos, tal lapso temporal não foi alcançado pelo autor.

VI- Assim, o militar que não possui estabilidade pode, por conveniência do serviço, ser licenciado, pois a Administração dispõe de poder discricionário para tal, como estabelece o art. 121, § 3º, b, da Lei n.º 6.880/80.

VII- Cabe salientar que o autor não comprovou que possuía, à época do licenciamento, incapacidade física total e permanente, que lhe impossibilitasse de exercer todo e qualquer trabalho, nos termos do art. 106, II c/c art. 108 e incisos da Lei n.º 6.880/80.

VIII- O laudo pericial deixa claro que o autor: "(...) se encontra em processo de interrupção de hábito de consumir substâncias psicotrópicas, com característica abusiva, com recurso a grupo de auto-ajuda, em regime de internação voluntária. Este processo compromete temporariamente a sua capacidade produtiva sem, contudo, caracterizar uma lesão ou doença incapacitante" (fl. 141). Afirma que não há relação de causa e efeito da alegada doença com as atividades militares e que o autor está apto para exercer atividades laborativas.

IX- Enfim, nada houve de ilegal na conduta da Administração Militar que viabilize a anulação do ato de licenciamento do autor e a consequente reforma, tendo em visto que o apelante sequer estaria incapacitado para o serviço militar.

X- Apelo conhecido e improvido.

(TRF2. 0001084-86.2006.4.02.5156. Órgão julgador: 7ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 11/05/2011. Data de disponibilização 18/05/2011. Relator JOSÉ ANTONIO NEIVA.)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. MELHORIA DE REFORMA. DIREITO A PROVENTOS DO GRAU HIERÁRQUICO IMEDIATO. ALCOOLISMO ("SÍNDROME DE DEPENDÊNCIA AO ÁLCOOL"). AFASTADO ENQUADRAMENTO COMO ALIENAÇÃO MENTAL. DESCABIMENTO. AUXÍLIO-INVALIDEZ. NÃO PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO. I - Hipótese em que 1o Sargento reformado da Marinha, com proventos da mesma graduação e proporcionais ao tempo de serviço, pretende a alteração do ato de reforma, para que esta se dê com proventos integrais do grau hierárquico imediato (2o Tenente), acrescida do Auxílio-Invalidez (Adicional de Invalidez); sob a alegação de ser portador de "Alcoolismo crônico" e que a doença, além de decorrer de condições inerentes ao serviço, há de ser considerada como "Alienação Mental", porquanto o torna Incapaz definitivamente para o Serviço ativo da Marinha e, conseqüentemente, também o incapacita para as atividades civis. II - Todavia, analisando-se as conclusões do laudo pericial em confronto com a legislação de regência (Lei 5.774/71 e Portarias 02142/F4-43 e 1.174/06-MD), é lícito concluir que não há efetivar o enquadramento pretendido, vez que, no estágio evolutivo observado, não se encontram atendidas as condições discriminadas pela respectiva normatização. Deveras, ao que se viu, o Expert não concluiu que o militar apresentava "destruição da autodeterminação e do pragmatismo", ao revés, afirmou que ele se encontrava lúcido, orientado auto psiquicamente e parcialmente orientado alopsiquicamente, e que seu juízo crítico apenas se mostrava comprometido; além disso, embora asseverando que no momento da perícia o militar não possuía condições de gerir pessoas e bens, não atestou que a enfermidade o tornava total e permanentemente inválido para qualquer trabalho, e, sim, que, no estágio atual da patologia, pode-se dizer que sua capacidade laborativa está severamente comprometida. Acrescente-se que nem se pode falar que a patologia seja refratária aos meios habituais de tratamento, diante da própria declaração do militar feita durante a perícia, dando conta de que, depois de reformado, continuou a consumir bebidas alcoólicas, realizando tratamento ambulatorial irregularmente e não cumprindo às determinações médicas. III - Destarte, afastado o enquadramento como "Alienação Mental" e restando certificado que o "Alcoolismo crônico" (ou "Síndrome de Dependência ao Alcool") não tem relação de causa e efeito com o serviço militar; e sendo certo ainda que se trata de praça (1o Sargento) com estabilidade assegurada e não considerado inválido; descabe falar em retificação do ato administrativo de reforma, que se deu nos exatos termos da legislação que rege a matéria. Impende registrar, por esclarecedor, que a mesma legislação de regência (Lei 6.880/80, com a redação dada pela Lei 7.580/86, e Portaria Normativa 1.174/06-MD) prevê a possibilidade de que seja alterada a reforma do militar, mediante revisão do laudo de incapacidade, em qualquer situação, através de nova inspeção de saúde - seja pela mesma Junta de Saúde que exarou o laudo, seja por outra de instância superior -; donde nada impedirá que, futuramente, acaso satisfeitas todas as condições impostas, possa ser reconhecido administrativamente o direito ora pleiteado. IV - Inviável, outrossim, o deferimento do Auxílio-Invalidez, haja vista que o laudo pericial não atestou a necessidade de internação hospitalar e/ou de assistência ou de cuidados permanentes de enfermagem (Leis 5.787/72 e 8.237/91; Medida Provisória 2.131/00 e suas sucessivas reedições até a de nº 2.215/01; e Lei 11.421/06). Aqui, da mesma forma, cumpre realçar que, a teor da respectiva legislação, se futura inspeção de saúde constatar que o militar preenche os requisitos legais, não haverá qualquer impedimento a que lhe seja concedido, na oportunidade, o Auxílio-invalidéz. V - Apelação e remessa necessária providas. Sentença reformada. (0026186-97.2002.4.02.0000. Classe: APELAÇÃO CÍVEL. Órgão julgador: 7ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 13/08/2008. Relator SERGIO SCHWAITZER)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. INVALIDEZ PARA O SERVIÇO MILITAR. REFORMA NO POSTO DA ATIVA. RECEBIMENTO DE POSTO HIERARQUICAMENTE SUPERIOR. NÃO CABIMENTO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Cuida-se de apelação do Autor objetivando a retificação do ato de reforma sob o fundamento de que deveria ter sido licenciado no grau hierarquicamente superior; bem como a condenação da União em danos morais correspondentes a R\$ 160.000,00. 2. No caso a incapacidade definitiva para o serviço ativo militar foi devidamente atestada nas inspeções de saúde, constando às fls. 05 dos autos que a Administração Pública, através do Ministério da Defesa - Marinha, reconheceu o direito do autor a reforma por invalidez, com base nos arts. 104, II; 106, II; 108, VI, 109, e 111, I, da Lei n. 6.880/80. Constatou também, às fls. 28, que o militar sofre de transtornos mentais por uso de bebidas alcoólicas e intorpecentes, sem relação de causa e efeito com o serviço, não sendo alienado mental (fls. 29). 3. A doença do Autor não se encontra elencada na rol do art. 108, V, da Lei 6.880/80, nem o incapacita para todo e qualquer serviço, mas somente para o serviço militar e, não estando incapacitado para a vida civil, não faz jus à reforma, com soldo do posto hierárquico imediatamente superior, ou seja, na graduação de Terceiro Sargento, com base no art. 110, § 1o, da Lei 6.880/80. 4. Não restou configurado o dever da União em proceder à retificação do ato da reforma do militar, nem de indenizá-lo por danos morais pelo transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool e de substâncias psicoativas, pois a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que, para a concessão da reforma ex officio de militar, em grau imediato hierarquicamente superior, é indispensável a comprovação do nexos causal entre a atividade desenvolvida e a doença adquirida de forma a torná-lo incapaz definitivo para todo e qualquer serviço, o que não ocorreu na espécie. Precedentes. 5. O Autor também não logrou êxito em comprovar que a doença que o incapacitou para o serviço ativo militar, teve como causa a atividade de pintura de embarcações desempenhada na Marinha, não merecendo guarida o pleito de indenização por danos morais no montante de R\$ 160.000,00. 6. Recurso a que se nega provimento. Decisão Nulan (AC - APELAÇÃO CÍVEL 0018453-35.2004.4.02.5101, FLAVIO OLIVEIRA LUCAS, TRF2.)

Pelo exposto, mantenho a sentença.

Das verbas sucumbenciais

Tendo em vista que a sentença foi publicada sob a égide do novo CPC, é aplicável quanto à sucumbência este regramento.

Atendendo à disposição do art. 85, §11, do CPC, que prevê a majoração dos honorários pelo Tribunal e levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, elevo os honorários sucumbenciais contra a apelante para 11% (onze por cento) sobre o valor atualizado da causa, respeitado, contudo, os benefícios da gratuidade da justiça, nos moldes do art. 98, §3º do mesmo diploma legal.

Dispositivo

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL APELAÇÃO. MILITAR. ANULAÇÃO LICENCIAMENTO. DEPENDENCIA QUÍMICA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM O SERVIÇO MILITAR. NÃO INVÁLIDO. ALIENAÇÃO MENTAL NÃO CONFIGURADA. NÃO COMPROVADA A INCAPACIDADE PARA ATIVIDADE CASTRENSE À ÉPOCA DO LICENCIAMENTO. REINTEGRAÇÃO PARA TRATAMENTO MÉDICO E REFORMA INDEVIDAS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Apelação interposta pelo autor, ex- militar vinculado ao Comando do Exército, contra sentença (ID 32888921), que julgou improcedente o pedido inicial de nulidade do ato administrativo de licenciamento em virtude da incapacidade e reintegração às fileiras do Exército para tratamento ou, alternativamente, a conversão em reforma por invalidez com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato, bem como condenou a parte autora em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa e custas, suspensos em razão da gratuidade da justiça.

2. O Estatuto Militar revogado, Lei n. 5.774/71, já previa a alienação mental como uma das doenças incapacitantes e a definia como sendo "todo caso de *distúrbio mental ou neuro-mental grave persistente, no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, permaneça alteração completa ou considerável na personalidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o indivíduo total e permanentemente impossibilitado para qualquer trabalho (art.112,§4º)*". A Portaria n. 1.174 do Ministério da Defesa, de 06.09.2006, que aprovou as normas para avaliação da incapacidade decorrente das doenças especificadas em lei pelas Juntas de Inspeção de Saúde das Forças Armadas replicou o conceito de alienação mental trazido pelo antigo Estatuto dos Militares e acrescentou casos excepcionalmente considerados como alienação mental e excluiu outros, dentre os excluídos os casos de alcoolismo e dependência de drogas. Atualmente a matéria é tratada pela Portaria n. 47/Ministério da Defesa (MD), de 21.07.2016, na qual se observa que o quadro de doenças incapacitantes, antes estante, passa a ter uma certa flexibilização a depender efetivamente da constatação da situação mórbida do periciando. A Portaria atualmente em vigor traz os conceitos de incapacidade e invalidez, os quais considera relevantes, mas ressalta não haver critérios rígidos para a caracterização de invalidez e que o alcoolismo somente em grau avançado é tido como caso de alienação mental.

3. Não há correlação direta e necessária entre a utilização de substâncias psicoativas e do alcoolismo com a alienação mental. A resolução depende do estágio da doença e grau de comprometimento da saúde do indivíduo, que nos termos descritos nas normas de regência referem-se: ao grau de afetação da personalidade, do juízo de valor e realidade, da autodeterminação e pragmatismo. O que não destoia do que preconiza a Organização Mundial de Saúde que apontam o uso de drogas e álcool como causas possíveis de alienação mental.

4. Não houve apontamento, quer pelos médicos do Exército, quer pelo perito judicial de incapacidade para o serviço militar. Ao contrário, todas as inspeções médicas as quais se submeteu o autor constataram sua aptidão para o serviço militar, mesmo após os episódios de falta injustificada e não cumprimento das regras, como a de fazer a barba, que lhe acarretaram punições disciplinares. O atestado médico juntado em grau recursal pela parte autora, lavrado em 06.09.2017, que inclusive se encontra rasurado, atesta que o autor faz uso de substâncias psicoativas nocivas à saúde, mas não infirma a capacidade do autor para o serviço militar à época do licenciamento, ocorrido em 03.2015.

5. Ponderadas todas provas constantes nos autos tem-se por não comprovadas a alienação mental ocasionada pelo uso de drogas, com base na legislação de regência e as considerações supra sobre a mesma, bem como a situação de invalidez social, absoluta inaptidão para o exercício de qualquer atividade, nem ao menos a incapacidade temporária para o serviço militar à época do licenciamento.

6. Apelação da parte autora desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000979-59.2017.4.03.6110

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

APELANTE: BENEDITO BORTOLETTO

Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO IVANO MONTE ALCANTARA - SP209746-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000979-59.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: BENEDITO BORTOLETTO
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO IVANO MONTE ALCANTARA - SP209746-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Apelação interposta pela parte autora, BENEDITO BORTOLETO, militar reformado, contra sentença (ID 7982701) proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Sorocaba que extinguiu o processo com resolução mérito, reconhecendo a prescrição de fundo de direito, nos termos do art. 487, II, do CPC, em relação ao pedido inicial para que fosse a UNIÃO condenada a computar tempo e serviço anterior ao ingresso na Força Aérea Brasileira, em regime celetista, e, por conseguinte, ao pagamento da diferença de remuneração correspondente ao posto hierárquico superior. Condenado o autor no pagamento de honorários advocatícios a ré em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Em suas razões recursais (ID 7982702), o autor repisa a inicial e aduz:

- a) a existência de flagrante erro material na sentença, pois o autor ingressou na reserva remunerada em 15.04.2010 e a ação foi ajuizada em 10.2014, não decorrido o prazo prescricional quinquenal, portanto, afastada a prescrição de fundo de direito;
- b) que o ato administrativo que denegou a averbação da contagem de tempo de serviço anterior ao ingresso na Aeronáutica é inválido, pois não devidamente motivado.

Com as contrarrazões (ID 7982709), subiram os autos a esta Corte Federal.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000979-59.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: BENEDITO BORTOLETTO
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO IVANO MONTE ALCANTARA - SP209746-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Admissibilidade

Conheço do recurso e o recebo em seus regulares efeitos.

Dos fatos

Segundo a inicial, o autor ingressou na Força Aérea Brasileira em 04.03.1974 e, após a MP 2.188-7, 28.06.2001, optou por transformar os períodos de Licença Especial adquiridos e não gozados (entre 04.03.1974 e 04.03.1984 e 04.03.1984 e 04.03.1994) para contagem em dobro quando da passagem para reserva remunerada, obtendo o total de 29 anos, 08 meses e 07 dias, vale dizer, aquém dos 30 anos completos para perceber as vantagens do posto imediatamente superior.

O autor buscou informação acerca da averbação do tempo trabalhado em regime celetista, no total de 11 meses, sendo-lhe informado, num primeiro momento, que não havia tal necessidade e, posteriormente, ao solicitar formalmente a averbação, teve indeferido o pedido em carta datada de 22.02.2011 (Id 7982618).

Aduz, ainda que a obrigação da UNIÃO é de trato sucessivo, pois a averbação do tempo trabalhado sob as normas do INSS, conforme determina a norma citada pela própria Administração ao indeferir o requerimento do Apelante, gera para este o direito a receber, de modo ininterrupto, os vencimentos de posto acima do que possuía ao ingressar na Reserva Remunerada”.

Além disso, sustenta que a negativa, por parte da Administração ocorreu em fevereiro de 2011 e que o autor ajuizou a ação em outubro de 2014, vale dizer, antes do prazo prescricional quinquenal, devendo ser afastada a prescrição de fundo de direito.

Por sua vez a UNIÃO defende que a manutenção do entendimento acerca da prescrição de fundo de direito “*posto que o tempo de serviço que pretende o apelante ver averbado diz respeito ao período compreendido entre os anos de 1973 e 1974, logo, passados mais de 40 (quarenta) anos*”. Além disso, o refere que ainda que “*se considere a data da passagem do apelante para a inatividade (15/04/2010) e a data da propositura da presente em outubro de 2014, o feito ainda assim demanda julgamento de total improcedência do pedido com resolução do mérito, diante da ausência do direito subjetivo da parte*”.

Sustenta a parte ré que “averbação dos 11 (onze) meses trabalhados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, com o regime da previdência social (INSS), nenhum reflexo de ordem pecuniária restará, isto porque, o apelante não tem direito à percepção dos proventos de inatividade do chamado “posto hierárquico superior, isto porque tal direito fora revogado pelas medidas provisórias nº 2.131/00 e nº 2215/01”.

Aduz, nos termos das medidas provisórias suprarreferidas que o apelante não contava com os requisitos necessários para requerer a sua inatividade no dia 29 de dezembro de 2000 com o direito de obter o benefício do posto hierárquico superior, pois somente passou para a inatividade em 15 de abril de 2010, independentemente do aspecto da prescrição ou não do fundo de direito.

Vejamos

Prescrição

Conforme dispõe o Decreto n. 20.910/32, as dívidas da Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. Deve-se observar, entretanto, que se a dívida for de trato sucessivo, não há prescrição do todo, mas apenas da parte atingida pela prescrição, conforme o artigo 3º daquele ato normativo:

Artigo 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Na jurisprudência, a questão foi pacificada após o STJ editar a Súmula de n. 85, de seguinte teor:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Prevalece no âmbito da jurisprudência do STJ, pela sistemática do artigo 543-C do CPC, esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREpsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho ("Manual de Direito Administrativo", 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha ("A Fazenda Pública em Juízo", 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90). 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto no Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não Superior Tribunal de Justiça altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco ("Tratado de Responsabilidade Civil". Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado ("Curso de Direito Administrativo". Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042). 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho ("Curso de Direito Administrativo". Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299). 6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no RESp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011. 7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema. 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1251993/PR, 1ª Seção, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 12/12/2012, DJE 19/12/2012).

A partir dessa premissa, a Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial n. 1.254.456/PE, processado na forma do artigo 543-C do CPC, decidiu que o termo inicial do prazo prescricional para se pleitear a indenização de licença-prêmio não gozada é a aposentadoria do servidor:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DA CLT. CONTAGEM PARA TODOS OS EFEITOS. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA APOSENTADORIA. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. A discussão dos autos visa definir o termo a quo da prescrição do direito de pleitear indenização referente a licença-prêmio não gozada por servidor público federal, ex-celetista, alçado à condição de estatutário por força da implantação do Regime Jurídico Único. 2. Inicialmente, registro que a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que o tempo de serviço público federal prestado sob o pálio do extinto regime celetista deve ser computado para todos os efeitos, inclusive para anuênios e licença-prêmio por assiduidade, nos termos dos arts. 67 e 100, da Lei n. 8.112/90. Precedentes: AgRg no Ag 1.276.352/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 18/10/10; AgRg no REsp 916.888/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe de 3/8/09; REsp 939.474/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 2/2/09; AgRg no REsp 957.097/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 29/9/08. 3. Quanto ao termo inicial, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a contagem da prescrição quinquenal relativa à conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada e nem utilizada como lapso temporal para a aposentadoria, tem como termo a quo a data em que ocorreu a aposentadoria do servidor público. Precedentes: RMS 32.102/DF, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/9/10; AgRg no Ag 1.253.294/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 4/6/10; AgRg no REsp 810.617/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1/3/10; MS 12.291/DF, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Terceira Seção, DJe 13/11/09; AgRg no RMS 27.796/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 2/3/09; AgRg no Ag 734.153/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 15/5/06. 4. Considerando que somente com a aposentadoria do servidor tem início o prazo prescricional do seu direito de pleitear a indenização referente a licença-prêmio não gozada, não há que falar em ocorrência da prescrição quinquenal no caso em análise, uma vez que entre a aposentadoria, ocorrida em 6/11/02, e a propositura da presente ação em 29/6/07, não houve o decurso do lapso de cinco anos. 5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.254.456/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJE 02/05/2012)

Considerando que a passagem do militar do serviço ativo para a reserva remunerada ocorreu em 15.04.2010 e que a negativa da Administração em 22.02.2011, não há que falar em ocorrência da prescrição de fundo de direito no caso em análise, dada a propositura da presente ação em 06.11.2014 (ID 7982619).

Desta feita, restariam prescritas apenas as parcelas eventualmente devidas e vencidas há mais de cinco anos da data do protocolo do requerimento administrativo.

Afastada a prescrição, passo à análise do caso, com fulcro no art. 1.013, §3º, do CPC/2015), consubstanciação da teoria da causa madura.

Do mérito

Observo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da possibilidade de averbação de tempo de serviço no regime celetista ao tempo de serviço estatutário também em relação aos militares para fins de reserva remunerada. Confirmam-se os julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. FALTA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 283 DO STF. CONSONÂNCIA COMO ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83 DO STJ.

1. A alegação da agravante, de que houve violação do art. 535, II, do CPC, a afastar a ausência de prequestionamento, não foi objeto do recurso especial e representa inovação, vedada no âmbito do agravo regimental.

2. Verifica-se que, exceto pelos arts. 50, II, da Lei n. 6.880/80 e 64 da Lei n. 8.237/91, a Corte a quo não analisou os demais artigos tidos por violados. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência da Súmula 211 do STJ.

3. As questões suscitadas pela recorrente partem de argumentos de natureza eminentemente fática, assim como da análise das razões do acórdão recorrido conclui-se que este decidiu a partir de argumentos que demandam reexame do acervo probatório. Óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Ainda que assim não fosse, da análise das razões do referido acórdão, conclui-se que o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que, a respeito da CTPS apresentada pelo apelado, "tal documento não foi impugnado pela União" (fl. 274e), além do fundamento de que "o Estatuto dos Militares não distingue a natureza do tempo de serviço prestado para o almejado benefício, nem há previsão legal de que as licenças não gozadas não sejam computadas em dobro se o militar viesse a agregar tempo de serviço na iniciativa privada" (fl. 349e) não foram objeto de impugnação de forma específica. Aplicação da Súmula 283 do STF.

5. Outrossim, em relação à suposta ofensa aos arts. 50, II, da Lei n. 6.880/80 e 64 da Lei n. 8.237/91, o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que, conforme registrado pelo Ministério Público Federal, "para fins de reserva remunerada de militar é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada" (fl.376e). Incidência da Súmula 83 do STJ. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1256580/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 25/11/2011)

RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. RESERVA REMUNERADA. APLICAÇÃO DO ART. 201, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. POSSIBILIDADE.

1. Pela leitura das definições verifica-se que tanto a reforma, a reserva remunerada e a aposentadoria, todas no âmbito militar, referem-se, em última análise, à passagem para inatividade, por tempo de serviço, com a permanência no recebimento de proventos.

Doutrina.

2. Se tanto a reserva remunerada como a aposentadoria, para os militares, conduzem, de certo modo, a uma mesma definição, qual seja, a de que se trata da passagem do militar para a inatividade, por tempo de serviço, com o recebimento de seus proventos, razão não há para que o art. 201, § 9º, da Constituição seja interpretado restritivamente, sem que o verdadeiro sentido lhe seja extraído.

Aplicabilidade dos métodos de interpretação sistemático e teleológico.

3. Quando a Constituição determina que para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, tal disposição deve ser lida também para fins de reserva remunerada do militar; na medida em que não há razão lógica, sistemática ou teleológica para uma distinção que leve a uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional.

4. Recurso ordinário provido.

(RMS 19.612/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009)

Na hipótese, o autor pretende que seja averbado tempo de serviço prestado em regime celetista, reconhecido pelo INSS como trabalhado entre 07.02.1973 a 06.07/1973 e 11.07.1973 a 10.01.1974, conforme Certidão de Tempo de Contribuição juntada aos autos (ID 7982618), o que, segundo autor, permitir-lhe-ia a percepção de proventos correspondente ao grau superior imediato pois suplantaria os 30 anos de efetivo serviço exigidos para tanto na legislação de regência.

Contudo, verifica-se que o autor quando da edição MP n. 2.215-10/2001, ainda não havia completado 30 (trinta) anos de serviço a permitir-lhe a transferência para a reserva remunerada com pagamento de soldo correspondente ao do grau imediatamente superior àquele que ocupava na ativa.

Isso porque, a regra antes prevista no art. 50 da Lei n. 6.880/80, que assegurava aos militares a percepção de remuneração correspondente ao grau superior imediato quando da transferência para inatividade com mais de 30 (trinta) anos de serviço, foi alterada pela medida provisória supracitada (tendo como originária a MP 2.131, de 28.12.2000), que assim dispôs:

Art. 34. Fica assegurado ao militar que, até 29 de dezembro de 2000, tenha completado os requisitos para se transferir para a inatividade o direito à percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria dessa remuneração.

Na hipótese, conforme se verifica do Título de Proventos da Inatividade do autor (ID 7982618) somente à época da transferência para a reserva, ocorrida em 15.04.2010, é que o autor contava com 29 (vinte e nove) anos, 08 (oito) meses e 07 (setes) dias de serviço militar.

Logo, ainda que o militar possua direito à averbação do tempo de serviço trabalho do regime de celetista, tal averbação não repercuta no valor dos proventos de inatividade, porquanto somente completados 30 (trinta) anos de serviço após 29 de dezembro de 2000.

De fato, como o autor somente foi transferido para a reserva remunerada em 2010, anos após o prazo estabelecido no art. 34 da MP 2.215-10/2001, não faz jus a percepção de proventos correspondentes ao grau superior imediato ainda que se considere os 11 (onze) meses de serviço que pretende ver averbado.

Oportuna a colação dos julgados desta Colenda e demais Cortes Regionais no mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR INATIVO. REMUNERAÇÃO COM PROVENTOS DO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR AO QUE OCUPAVA NA ATIVIDADE. LEI 6.880/80. MEDIDA PROVISÓRIA 2.131/2001. REQUISITOS.

- Em face do disposto no artigo 14 da Lei n. 13.105/2015, aplica-se a esse processo o CPC/73.

- Cinge-se a controvérsia à aplicabilidade da Medida Provisória n.º 2.131/2001, para que o autor passe a receber os proventos relativos ao grau hierarquicamente superior; correspondente ao de Major; a contar da data em que foi efetivamente transferido para reserva remunerada.

- A Medida Provisória n.º 2.131/2001, em seu art. 28, alterou o art. 50, II, da Lei n.º 6.880/1980, extinguindo, para os militares, o direito de perceber remuneração correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao ocupado na ativa, quando contarem com mais de 30 (trinta) anos de efetivo serviço na época de sua passagem para a inatividade.

- No caso em tela, o autor possuía, até 29/12/2000, 29 (vinte e nove) anos, 07 (sete) meses e 25 (vinte e cinco) dias de tempo de serviço (fl. 65), o que lhe garantia mera expectativa de direito à benesse perseguida.

- O autor não faz jus à percepção da remuneração correspondente ao grau hierárquico superior, qual seja, de Major; uma vez que não preencheu os requisitos do artigo 34 da Medida Provisória n.º 2.131/2001. Precedentes.

- Não há que ser afastada a aplicação da Medida Provisória no caso em tela, uma vez que o autor foi transferido para reserva durante a sua vigência.

- O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, regulando-se os proventos da inatividade pela lei vigente ao tempo em que o militar reuniu os requisitos necessários, nos termos da Súmula 359 do STF.

- Honorários Advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), consoante entendimento desta E. Turma, em consonância com o artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

- Apelação da União Federal e reexame necessário providos.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1326212 - 0001266-41.2002.4.03.6108, Rel. JUÍZA CONVOCADA NOEMI MARTINS, julgado em 26/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. SÚMULA 359 DO STF. LEI N.º 6.880/80. REMUNERAÇÃO CORRESPONDENTE AO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR. MP N.º 2130/2000. REVOGAÇÃO. MP N.º 2115/2001. REGRA DE TRANSIÇÃO. JUDICIÁRIO. LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE.

I. "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários." - Súmula 359/STF. (AC 394454, Des. Federal Relator Marcelo Navarro, DJ 09.02.2007, p. 607)

II. A MP n.º 2130/2000 revogou a Lei n.º 6.880/80 que, em seu art. 50, assegurava aos militares a percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior; ou melhoria da mesma, quando ao ser transferido para a inatividade, contar mais de 30 (trinta) anos de serviço.

III. A MP n.º 2115/2001, originária da Medida Provisória supramencionada, assegurou o disposto no art. 50 da Lei n.º 6.880/80, para aqueles militares que, até 29 de dezembro de 2000, tivessem completado as condições para a transferência para a inatividade.

IV. Hipótese em que o autor somente foi transferido para a reserva em 14.01.2003, ou seja, posteriormente ao prazo estabelecido na MP nº 2.215/2001, não fazendo jus, portanto, ao direito pleiteado, uma vez que inexistente direito adquirido a regime jurídico.

V. O Judiciário não pode atuar como legislador positivo para criar uma regra de transição para os militares.

VI. Apelação improvida.

(PROCESSO: 200681000179174, DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 10/07/2007, PUBLICAÇÃO: DJ - Data.:08/08/2007 - Página.:827 - Nº.:152)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. RESERVA REMUNERADA. REMUNERAÇÃO EM GRAU HIERÁRQUICO IMEDIATAMENTE SUPERIOR À EXERCIDA NO ATO DE SUA TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA. LEI 6.880/80. MEDIDA PROVISÓRIA 2.21-10/2001. REQUISITOS. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE DO MILITAR E DE SEUS DEPENDENTES (E DA RESPECTIVA BAGAGEM). AJUDA DE CUSTO JÁ PERCEBIDA. PAGAMENTO DE FÉRIAS EM DOBRO REFERENTE AO ANO DE 1982. FÉRIAS JÁ GOZADAS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A Lei 6.880/80, na sua redação originária, previa que o militar ao ser transferido para a inatividade, se contasse mais de 30 anos de serviço, perceberia remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma.

2. A Medida Provisória 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, alterou a redação do dispositivo acima transcrito, dispondo que a remuneração do militar transferido para a inatividade corresponderá ao soldo integral do posto ou graduação que possuía quando em atividade, todavia, ressaltou o direito adquirido aos que, até 29 de dezembro de 2000, tivessem reunido os requisitos pelas regras outrora vigentes

3. infere-se dos documentos juntados aos autos, especialmente os de fls. 287, que o ora apelante contava, em 29/12/2000, com 21 anos e 199 dias de tempo de serviço.

4. Em 29/12/2000 não preenchiam os requisitos necessários ao direito à percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria dessa remuneração, consoante o art. 34 da MP 2.215-10/2001, no momento de sua transferência para a reserva remunerada.

5. Ademais, não há direito adquirido a regime jurídico, regulando-se os proventos da inatividade pela lei vigente ao tempo em que o militar reuniu os requisitos necessários.

6. Quanto ao pedido de percepção de indenização de passagens e bagagem de acordo com a norma aplicável à espécie, andou bem o Juízo de Primeiro Grau ao indeferi-lo, eis que a Medida Provisória nº 2.131/2000, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 2.215-10/2001, suprimiu, do ordenamento jurídico, a indenização por despesas com o transporte do militar e de seus dependentes (e da respectiva bagagem), quando da passagem para a inatividade, sendo substituída pela ajuda de custo. (TRF5, AC 388580, Rel. Des. Federal Barros Dias, DJE 08.09.09).

7. Na hipótese dos autos, o ora apelante, quando de sua transferência para inatividade, percebeu o montante de R\$ 15.807,96 relativo à ajuda de custo, não havendo mais o que questionar a este respeito.

8. O apelante não logrou comprovar que as férias relativas ao ano de 1982 deixaram de ser gozadas. Ao contrário, consta dos autos, no documento de fls. 225, atestando que o demandante gozou as férias correspondentes ao ano de 1982 no período de 01.02.83 a 02.03.83.

9. Apelação a que se nega provimento.

(PROCESSO: 200781000190587, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 04/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJE - Data.:11/10/2012 - Página.:144)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA. REMUNERAÇÃO COM BASE NO SOLDADO CORRESPONDENTE AO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR. LEI 6.880/80. MEDIDA PROVISÓRIA 2.212-10/2001. DESCABIMENTO.

- Na hipótese vertente, militar do Exército brasileiro transferido para a reserva remunerada, no posto de Capitão, em dezembro de 2006, tenciona perceber os proventos do posto de Major.

- A Lei 6.880/80, na sua redação originária, previa que o militar ao ser transferido para a inatividade, se contasse com mais de trinta anos de serviço, perceberia a remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma

- A Medida Provisória 2.215/10, de 31 de agosto de 2001, alterou a Lei 6.880/80, mas ressaltou o direito adquirido aos militares que até 29 de dezembro de 2000 tivessem reunido os requisitos pelas regras outrora vigentes.

- O postulante ingressou nas fileiras do Exército brasileiro em março/1974, perfazendo um total de apenas 26 (vinte e seis) anos de serviço, quando da data prevista na aludida Medida Provisória.

- Destarte, não há direito adquirido do autor a perceber os proventos do posto de Major, quando de sua passagem para reserva, tal como determinado pelo ilustre sentenciante.

- Ademais, não há ilegalidade atribuída à conduta da Administração castrense, a justificar a indenização por danos morais ou materiais supostamente sofridos.

Apelação improvida.

(PROCESSO: 200882000004786, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 29/04/2010, PUBLICAÇÃO: DJE - Data: 13/05/2010 - Página: 304)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. RESERVA REMUNERADA. TEMPO DE SERVIÇO NECESSÁRIO. ART. 34 DA MP 2.215-10/2001. REMUNERAÇÃO CORRESPONDENTE AO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR. DANO MORAL AFASTADO. SENTENÇA CITRA PETITA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVISTA NO ART. 31 DA MP 2215-10/2001 NÃO ANALISADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO §3º DO ART. 515 DO CPC. 1. Houve julgamento citra petita, em relação ao pedido relativo ao afastamento da contribuição correspondente a 1,5% sobre os proventos do autor, prevista no art. 31 da MP 2.215-10/2001. A situação destacada justificaria o reconhecimento da nulidade da sentença, com o retorno dos autos ao juízo de origem. Por sua vez, a despeito de ser polêmico, justifica-se a aplicação analógica do §3º do art. 515 do CPC à espécie, permitindo-se que o tribunal excepcionalmente efetive julgamento correto no caso em tela, notadamente porque a matéria é conhecida dos Tribunais. 2. O artigo 34 da aludida Medida Provisória, entretanto, assegurou o direito adquirido daqueles que, na data da entrada em vigor daquela norma (29 de dezembro de 2000) tivessem completado os requisitos que lhe permitissem aposentar-se com proventos iguais aos da patente superior à sua. Dessa forma, é direito do militar a percepção de proventos correspondentes ao posto imediatamente superior se contar com mais de 30 (trinta) anos de efetivo serviço até o dia 29 de dezembro de 2000 (data em que entrou em vigor a Medida Provisória n.º 2.131/00). 3. In casu, o acórdão, transitado em julgado, reconheceu o direito à averbação como tempo de serviço do período em que o autor foi aluno-aprendiz da FUNABEM (1972 a 1975), sendo irrelevante o momento do requerimento administrativo da averbação do tempo de serviço, como entende a União Federal. Destacou com acerto o MM. Juiz a quo que "a carga declaratória contida na decisão que reconheceu ao autor tempo de serviço pretérito (1972 a 1975) permite a invocação da norma do art. 34 da MP 2215-10 em seu favor, pouco importando que a averbação só tenha ocorrido em 2002. O autor, em 29 de dezembro de 2000, já preenchia os requisitos para se transferir à inatividade, desde que computado o período em que foi aluno da FUNABEM, e não há contestação nos autos quanto a isso. O reconhecimento tardio de seu direito à averbação do aludido tempo não pode ser considerado obstáculo à percepção da remuneração correspondente ao grau hierárquico superior, à evidência". Conclui-se, portanto, que o autor contava, em 29/12/2000, contabilizado o tempo reconhecido judicialmente como aluno-aprendiz na FUNABEM, com os 30 (trinta) anos exigidos para ser reformado, o que permite o reconhecimento do direito à percepção de proventos equivalentes à remuneração de Segundo Sargento, com o pagamento dos valores atrasados desde a data da reforma. 4. O artigo 30 da MP 2.215-10/2001, que extinguiu o adicional de tempo de serviço, assegurou ao militar o percentual correspondente aos anos de serviço a que fizer jus em 29 de dezembro de 2000, remanescendo o direito ao recebimento da mencionada verba, até 29 de dezembro de 2000, pelos atuais militares apenas na hipótese de efetivação do desconto de 1,5%. Conclui-se, assim, que o pedido relativo ao afastamento da contribuição correspondente a 1,5%, prevista no art. 31 da MP 2.215-10/2001, que deixou de ser apreciado na sentença, deve ser julgado procedente, na medida em que, reconhecido que o autor preenchia todos os requisitos para a concessão da reforma remunerada na data da MP 2.215-10/2001, tem ele direito à percepção do adicional de tempo de serviço, sem o aludido desconto. 5. No que se refere ao dano moral, ressaltou com muita propriedade o representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, que "a simples controvérsia jurídica acerca da averbação ou não do período enfocado não é bastante para configurar o alegado dano moral tido como suportado por 'perseguições' empreendidas no ambiente de trabalho, devendo tal pleito ser tido como improcedente, conforme a decisão de 1o grau havia consignado". 6. Remessa necessária e apelo conhecidos e desprovidos. Recurso adesivo conhecido e parcialmente provido." (TRF2 2005.51.01.014575-4. Classe: APELAÇÃO CÍVEL. Órgão julgador: 7ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 27/10/2010. Data de disponibilização 11/11/2010. Relator JOSÉ ANTONIO NEIVA)

Desta feita, afastada a prescrição de fundo de direito reconhecida em primeiro grau, com fundamento no artigo 1.013, §3º, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, resolve-se o mérito com a parcial procedência do pedido inicial do autor, tão somente para reconhecer o direito à averbação do tempo de serviço em regime celetista anterior ao seu ingresso na Força Aérea Brasileira, sendo os demais pedidos improcedentes.

Encargos de sucumbência

Tendo em vista que a sentença foi publicada sob a égide do novo CPC, é aplicável quanto à sucumbência este regramento.

Em vista do êxito do autor, em grau recursal, cmo afastamento da prescrição de fundo de direito, bem como a parcial procedência da demanda, condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios no percentual mínimo em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da parte pra afastar a prescrição e, com fulcro no art. 1.013, §4º, do CPC/2015, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, tão somente, para reconhecer o direito à averbação do tempo de serviço em regime celetista anterior ao seu ingresso na Força Aérea Brasileira sendo os demais pedidos improcedentes.

É o voto.

E M E N T A

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO AFASTADA. CAUSA MADURA. ART. 1.013, §4º, DO CPC. MILITAR REFORMADO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO EM REGIME CELETISTA. POSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVENTOS. REMUNERAÇÃO CORRESPONDENTE AO GRAU SUPERIOR HIERÁRQUICO. MP 2.215/2001. REQUISITOS NÃO PREECHIDOS. RECURSO PROVIDO. PEDIDO INICIAL PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1- Apelação interposta pela parte autora, militar reformado, contra sentença (proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal de Sorocaba que extinguiu o processo com resolução mérito, reconhecendo a prescrição de fundo de direito, nos termos do art. 487, II, do CPC, em relação ao pedido inicial para que fosse a UNIÃO condenada a computar tempo de serviço anterior ao ingresso na Força Aérea Brasileira, em regime celetista, e, por conseguinte, ao pagamento da diferença de remuneração correspondente ao posto hierárquico superior. Condenado o autor no pagamento de honorários advocatícios a ré em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

2. Dispõe o Decreto n. 20.910/32, as dívidas da Fazenda Pública prescrevem em cinco anos. Deve-se observar, entretanto, que se a dívida for de trato sucessivo, não há prescrição do todo, mas apenas da parte atingida pela prescrição, conforme o artigo 3º daquele ato normativo. Considerando que a passagem do militar do serviço ativo para a reserva remunerada ocorreu em 15.04.2010 e que a negativa da Administração em 22.02.2011, não há que falar em ocorrência da prescrição de fundo de direito no caso em análise, dada a propositura da presente ação em 06.11.2014. Prescritas apenas as parcelas eventualmente devidas e vencidas há mais de cinco anos da data do protocolo do requerimento administrativo.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da possibilidade de averbação de tempo de serviço no regime celetista ao tempo de serviço estatutário também em relação aos militares para fins de reserva remunerada: “Quando a Constituição determina que para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, tal disposição deve ser lida também para fins de reserva remunerada do militar; na medida em que não há razão lógica, sistemática ou teleológica para uma distinção que leve a uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional (...)” (RMS 19.612/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009).

4. Direito à averbação do tempo de serviço prestado em regime celetista, reconhecido pelo INSS como trabalhado entre 07.02.1973 a 06.07/1973 e 11.07.1973 a 10.01.1974, conforme Certidão de Tempo de Contribuição juntada aos autos reconhecido.

5. A regra antes prevista no art. 50 da Lei n. 6.880/80, que assegurava aos militares a percepção de remuneração correspondente ao grau superior imediato quando da transferência para inatividade com mais de 30 (trinta) anos de serviço, foi alterada pela medida provisória supracitada (tendo como originária a MP 2.131, de 28.12.2000), que assim dispôs: *Art. 34. Fica assegurado ao militar que, até 29 de dezembro de 2000, tenha completado os requisitos para se transferir para a inatividade o direito à percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria dessa remuneração.*

6. Na hipótese, conforme se verifica do Título de Proventos da Inatividade do autor, somente à época da transferência para a reserva, ocorrida em 15.04.2010, é que o autor contava com 29 (vinte e nove) anos, 08 (oito) meses e 07 (setes) dias de serviço militar. Logo, ainda que o militar possua direito à averbação do tempo de serviço trabalho do regime de celetista, tal averbação não repercute no valor dos proventos de inatividade, porquanto somente completados 30 (trinta) anos de serviço após 29 de dezembro de 2000, prazo estabelecido no art. 34 da MP 2.215-10/2001.

7. Não tem o servidor público, civil ou militar, direito adquirido a regime jurídico, sendo-lhe assegurada tão somente a irredutibilidade de vencimentos.

8. Provido o recurso do autor para afastar a prescrição de fundo de direito. Julgado parcialmente procedente o pedido inicial, com fulcro no art. 1.013, §4º, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento ao recurso da parte pra afastar a prescrição e, com fulcro no art. 1.013, § 4º, do CPC/2015, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, tão somente para reconhecer o direito à averbação do tempo de serviço em regime celetista anterior ao seu ingresso na Força Aérea Brasileira sendo os demais pedidos improcedentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005247-56.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PONTO TRADE MARKETING E MAO DE OBRA TEMPORARIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAMELA CAVOLI GUIRRO - SP323867, LUIZ GUSTAVO BUSANELLI - SP150223

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005247-56.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PONTO TRADE MARKETING E MAO DE OBRA TEMPORARIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAMELA CAVOLI GUIRRO - SP323867, LUIZ GUSTAVO BUSANELLI - SP150223

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de agravo por instrumento interposto por Ponto Trade Marketing e Mão de Obra Temporária Ltda. contra a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta.

Em suas razões, alega a agravante, em síntese, a decadência e a prescrição parcial do débito, bem como a nulidade do título executivo por ausência dos requisitos legais.

Com contraminuta, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005247-56.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: PONTO TRADE MARKETING E MAO DE OBRA TEMPORARIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAMELA CAVOLI GUIRRO - SP323867, LUIZ GUSTAVO BUSANELLI - SP150223

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

A presunção de legitimidade da CDA impõe ao agravante o ônus de comprovar a existência de nulidade no título executivo, o que, por demandar dilação probatória, não pode ser promovida no âmbito da exceção de pré-executividade (Súmula nº 393/STJ).

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento em julgamento na sistemática do art. 543-C do CPC/73:

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. 2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. **É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.** 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) – **g.n.**

Assim, diante da limitação probatória no âmbito da exceção de pré-executividade, eventual nulidade do título executivo deverá ser arguida em sede de embargos à execução.

Quanto à possível decadência do crédito exequendo, nos termos do artigo 173, inciso I, do CTN, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, que se dá pelo lançamento (artigo 142), decai em 5 (cinco) anos, contados "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

No caso de tributo sujeito ao lançamento por homologação, incide a norma do artigo 150, *caput* e seu §4º, considerando-se homologado o auto lançamento por ato expreso da autoridade administrativa (homologação expressa), ou pela homologação tácita, após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Todavia, na hipótese de tributo não declarado e não pago antecipadamente, não há que se falar em homologação de cálculo, portanto, afasta-se a aplicação do art. 150, §4º, incidindo, apenas, a regra do art. 173, I, ambos do CTN, de onde o marco inicial passa a fluir, não da data do fato gerador, mas do primeiro dia do ano subsequente ao que poderia ter sido efetuado o lançamento pelo contribuinte.

Nesse sentido, consolidada a jurisprudência da Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. OCORRÊNCIA DE FRAUDE. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. CDA. VALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação não declarados e não pagos, o prazo decadencial conta-se nos moldes determinados pelo art. 173, I, do CTN, impossível, assim, a sua acumulação com o prazo determinado no art. 150, § 4º, do CTN. 2. Contudo, uma vez efetuado o pagamento parcial antecipado pelo contribuinte, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação. 3. No caso em apreço, entendeu a Corte de origem que ocorreu fraude, razão pela qual, mesmo havendo pagamento a menor, afastou a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, fazendo incidir o art. 173, I, do mesmo diploma legal. 4. Não está caracterizada a decadência, já que não transcorreram mais de 5 anos entre primeiro dia do exercício seguinte (01/01/2002) àquele em que os lançamentos poderiam ter sido efetuados e a constituição definitiva do crédito (24/11/2006). 5. Quanto ao alegado vício de lançamento, a irresignação não comporta conhecimento ante o óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1523619/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

No presente caso, consta nos autos que os créditos em cobro (NFLD 37.214.829-8 e 37.214.831-0 e 37.214.832-8), referentes à exação não declarada e não paga, foram lançados pela Fazenda em 29.12.2008, abrangendo contribuições previdenciárias relativas ao período de 01/03 a 11/03 e 12/2008. (Num. 572373)

Portanto, constituído o crédito tributário em 29.12.2008, aplicando-se a regra prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, de rigor reconhecer a inexistência de decadência do crédito, visto que não ultrapassado o prazo quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento do débito mais antigo poderia ter sido efetuado, ou seja, em 01.01.2004.

Da mesma forma, não há que se falar em prescrição, porquanto, movida a execução em 29.07.2011 e lavrado o despacho citatório em 25.08.2011, não houve o decurso do quinquênio previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DISCUSSÃO SOBRE EVENTUAL NULIDADE DA CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A presunção de legitimidade da CDA impõe ao agravante o ônus de comprovar a existência de nulidade no título executivo, o que, por demandar dilação probatória, não pode ser promovida no âmbito da exceção de pré-executividade (Súmula nº 393/STJ).

2. Constituído o crédito tributário em 29.12.2008, aplicando-se a regra prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, de rigor reconhecer a inexistência de decadência do crédito, visto que não ultrapassado o prazo quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento do débito mais antigo poderia ter sido efetuado, ou seja, em 01.01.2004.

3. Da mesma forma, não há que se falar em prescrição, porquanto, movida a execução em 29.07.2011 e lavrado o despacho citatório em 25.08.2011, não houve o decurso do quinquênio previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional.

4. Agravo de Instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000697-39.2018.4.03.6125

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: ADIB MIGUEL SIQUEIRA

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO DOS SANTOS - SP200361-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000697-39.2018.4.03.6125

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: ADIB MIGUEL SIQUEIRA

Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO DOS SANTOS - SP200361-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Apelação interposta pelo INSS contra a sentença (fls. 180/189 - ID 4127337) que, confirmando a tutela antecipada, julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte à viúva de servidor público federal, nos seguintes termos:

(...)JULGO PROCEDENTE o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, para condenar o INSS a implantar pensão por morte decorrente do óbito do servidor público Nelvy José Siqueira (RPPS) em favor da autora, a partir do óbito em 22.06.2015 (f. 19), obedecendo-se ao disposto no art. 40, 7º, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003), consoante os arts. 215 e seguintes da Lei nº 8.112/90, tal que o tempo em que o servidor esteve aposentado por invalidez antes da reversão administrativa seja contado para a concessão da nova aposentadoria por tempo, a qual precede o ato de pensionamento (art. 103, 1º da Lei nº 8.112/90), tudo nos termos da fundamentação. Confirmando a tutela deferida às fls. 33/34 e 44/45, com as adaptações de sentido. Oficie-se ao INSS, ante a delimitação de sentido dada no presente julgado, para que faça eventuais adequações no valor do benefício ora vigente, no prazo de 20 (vinte) dias, tal que dele conste como tempo de serviço total do servidor; para fins de nova aposentadoria e ulterior pensão, aquele em que esteve aposentado por invalidez antes da reversão administrativa. Sobre os eventuais valores favoráveis à parte autora apurados entre a DIB e a data de início do pagamento administrativo incidirão atualização monetária - desde quando devidas as parcelas - e juros de mora, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, trazido pela Resolução n. 134/2010, do Conselho da Justiça Federal, que aprova o Manual de Cálculos na Justiça Federal, ou outra que venha a substituí-la ou alterá-la, sendo os juros fixados desde a citação. Devem ser seguidos os termos dados da Resolução 267/2013 que, por conta do julgamento da ADI nº 4.357 pelo STF, declarou a inconstitucionalidade da lei nº 11.960/2009 por arrastamento, ou outra que a substitua. Caberá ao INSS proceder ao eventual recálculo do valor do benefício, na forma estabelecida nesta sentença, bem como das eventuais diferenças devidas, no prazo de 45 dias após o trânsito em julgado desta sentença, informando-os a este Juízo. Custas ex lege. Condeno o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo no patamar mínimo de que tratam os incisos I a V do 3º do art. 85 do CPC/2015, considerando as escalas de proveito econômico legalmente estabelecidas, patamar percentual este que incidirá sobre o valor das eventuais diferenças das prestações vencidas até a presente data, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496 do CPC/2015. (...)

O INSS, em razões recursais (ID 4127335), pretende a reforma da sentença, com a inversão da condenação em honorários, alegando que:

- a) quando da implantação do benefício de pensão por morte à autora, verificou-se um erro administrativo em relação à segunda aposentadoria concedida ao instituidor da pensão, por tempo de serviço, porquanto houve consideração do período de 07.1997 a 04.2008, quando na verdade, nesse interregno, o falecido estava em gozo da aposentadoria por invalidez, posteriormente revertida, o que obstruiu a concessão da pensão por morte;
- b) assim o instituidor da pensão nunca poderia ter sido aposentado por tempo de serviço, pois não contava com o requisito temporal para tanto, afetando o *quantum* do benefício de pensão por morte pretendido pela autora;
- d) não ocorreu a decadência para administração rever o ato administrativo em razão da má-fé do instituidor da pensão, bem como em função de que o termo *a quo* da contagem do lustro prescricional é a partir do registro do ato no TCU;
- e) trata-se de exercício do direito de autotutela, fundado na obediência ao princípio da legalidade;

Com contrarrazões da parte autora (fls. 206 -ID 4127337), subiram os autos a Esta Corte Regional.

A apelação foi recebida no efeito devolutivo, nos termos do art. 1.012 do CPC (ID 27562174).

É, no essencial, o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000697-39.2018.4.03.6125
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: ADIB MIGUEL SIQUEIRA
Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO DOS SANTOS - SP200361-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HELIO NOGUEIRA (RELATOR):

Dos fatos

O ato administrativo em discussão decorreu da negativa da implementação da pensão por morte em favor da autora ADIB MIGUEL SIQUEIRA, na qualidade de viúva de servidor público federal, em razão da verificação de erro na concessão da aposentadoria ao instituidor da pensão, Nelvy José Siqueira.

A parte autora alega que erro administrativo na concessão da aposentadoria do instituidor da pensão não pode afetar o seu direito à pensão.

Relata que o autor estava aposentado por tempo de serviço desde 08.04.2008 e com o falecimento do mesmo, ocorrido em 22.06.2015, requereu em 02.10.2015, perante a agência do INSS em Santa Cruz do Rio Pardo, o benefício de pensão por morte, ao qual tem direito.

Ainda segundo a inicial, em 26.10.2015, foi informada através da Carta INSS/GEXBRU/SOGP 21723 n. 15, que um erro havia sido descoberto em relação ao valor do benefício do de cujus, pois não poderia aquele ter sido aposentado por tempo de contribuição com proventos integrais, impossibilitando a concessão da pensão por morte, sendo necessário aguardar decisão de órgão superior em Brasília (Diretoria de Gestão de Pessoas).

Aduz fazer jus a pensão por morte com base no último provento recebido pelo instituidor e que o erro da administração não poderia prejudicá-la, mesmo porque, desde o deferimento da aposentadoria do falecido servidor, 08.04.2008, não houve qualquer revisão do benefício e portanto, decaído o direito de revê-lo por parte da Administração.

De outro turno, o INSS informou que:

(...) O finado ingressou no exercício de cargo público de agente administrativo, antiga denominação para o atual cargo de técnico do seguro social, em 18 de março de 1980 pertencendo ao quadro de cargos públicos da autarquia ré.

Embora tenha ingressado no serviço público sob o regime jurídico da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, que sofria fortes influências do regime celetista, com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a relação jurídica entre O DE CUJUS e o Estado passou a ser regida pelo regime jurídico único (estatutário), instituído por esta lei.

Com isso, passou a se submeter ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), previsto na Constituição de 1988 em seu art. 40 da, abandonando-se em definitivo o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), em relação ao cargo público titularizado.

O de cujus apresentou requerimento administrativo à autarquia, objetivando a concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

No dia 03 de março de 1997, ultrapassados quase vinte anos do travamento da relação funcional tendo a concessão por meio da Portaria INSS/SPRH n.º 448, de 04 de julho de 1997, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11 de julho de 1997, após ter sido verificada sua incapacidade permanente para o trabalho, ocasionada por doenças psiquiátricas supervenientes ao ingresso no serviço público.

Entretanto, no ano de 2006, a autarquia recebeu uma denúncia de que o finado estava exercendo o mandato de vereador no Município de Ipaussu, o que despertou dúvidas sobre a constância do estado incapacitante para o trabalho, especialmente tendo em vista a possibilidade de exercício concomitante da vereança e do cargo público, nos moldes do art. 38, inciso III, da Constituição.

Nesse contexto, houve a deflagração de processo administrativo ablatório, em que a junta médica oficial constatou a insubsistência dos motivos da aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 25, inciso I, da Lei n.º 8.112/90.

*Superadas as fases do processo administrativo, com a fiel observância dos direitos individuais ao contraditório e à ampla defesa, sobreveio a decisão administrativa final, consolidado na Portaria n.º 10, de 15 de janeiro de 2008, de lavra do Ministro de Estado da Previdência Social, publicada no DOU de **17 de janeiro de 2008**, que determinou a **reversão de Nelvy José Siqueira à atividade.***

Não obstante, em 03 de abril de 2008, em menos de três meses após a publicação do ato administrativo de reversão, o de cujus entrou com requerimento administrativo de concessão de aposentadoria voluntária por “tempo de serviço”, o que lhe foi concedido, por intermédio da Portaria INSS/GEX/BRU n.º 29, de 04 de abril de 2008, publicada no DOU de 08 de abril de 2008.

No dia 22 de junho de 2015, passados sete anos do deferimento da aposentadoria por tempo de contribuição, sucedeu a morte de Nelvy José Siqueira, ensejando o pedido administrativo de concessão de pensão por morte pela autora, cuja data de entrada do requerimento se deu quatro dias após o óbito, em 26 de junho de 2015.

A autarquia concedeu o benefício de pensão por morte à autora, mediante a publicação da Portaria INSS/GEX/BRU n.º 45, de 06 de julho de 2015, no DOU de 07 de julho de 2015, com o seguinte teor: “Conceder Pensão Vitalícia a Adib Miguel Siqueira, na qualidade de viúva, a partir de 26/06/2015, cuja cota parte equivale a 100% (cem por cento), da base de cálculo da pensão dos proventos do ex-servidor NELVY JOSÉ SIQUEIRA, matrícula 0593637, ocupante do cargo de Técnico do Seguro Social, classe S, padrão IV, do quadro de pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social, em decorrência do óbito ocorrido em 22/06/2015, com fundamento no artigo 217, inciso I, da Lei 8112/90, com redação dada pela Lei 13135/2015, e artigo 40, § 7º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n.º 41, de 19/12/2003.”

Contudo, no momento de lançar a concessão no sistema informatizado da autarquia, o servidor do órgão competente precisou acertar o PCA (dados de cadastro) do falecido que instituiu a pensão, lançando-se no sistema todo o respectivo tempo de serviço, inclusive as averbações, a fim de encerrar a aposentadoria e gerar o novo benefício da dependente, já que na época do lançamento da aposentadoria por tempo de contribuição (“2ª aposentadoria”) o SIAPE não estava habilitado para receber essas informações.

Nesse instante, verificou-se um erro administrativo em relação à segunda aposentadoria, porquanto houve a consideração do período de julho de 1997 a abril de 2008 como tempo de efetivo serviço, quando, na verdade, nesse interregno o falecido estava em gozo da aposentadoria por invalidez, posteriormente revertida.

Nessa toada, excluído o período que nunca deveria ter sido considerado, o servidor não teria direito à aposentadoria por tempo de contribuição, mesmo após o cômputo de todas as averbações, conseqüentemente afetando diretamente a base da pensão por morte da autora.

Portanto, essa é a razão pela qual não foi possível instituir o benefício de pensão por morte em favor da viúva. (...)

Alega, ainda, o INSS que teria havido má-fé por parte do instituidor da pensão em relação à sua aposentadoria por tempo de serviço, visto que durante o gozo da mesma exerceu função de vereador na cidade de Ipaussu, bem como em relação à aposentadoria por tempo de contribuição, por não ter notado a diferença de doze anos na contagem de tempo de serviço acrescidos por erro da Administração ao computar o período em que estava aposentado por invalidez.

Vejam os.

O MM Juiz *a quo* afastou a alegação de decadência administrativa, porém julgou procedente o pedido aos fundamentos de que:

- não houve a anulação do ato de concessão da aposentadoria por invalidez ao instituidor da pensão, mas determinação de reversão no interesse da Administração, pois constatada a insubsistência dos motivos que determinaram o afastamento;
- neste contexto, interpretando a regra do §1º do art. 103 da Lei nº 8.112/90 ("O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria") e considerando entendimento do TCU de que tal dispositivo somente pode ter aplicação conforme à Constituição, na estrita hipótese em que o servidor tenha sido aposentado legitimamente por invalidez e regressado à atividade, concluiu que a "reversão por recuperação deverá permitir o aproveitamento do tempo de afastamento do servidor aposentado para fins de concessão de nova aposentadoria, dado que não restou comprovado possível cenário de fraude alegado pelo INSS".

Oportuna a transcrição dos fundamentos da r. sentença:

(...) Assim, para a concessão do benefício ora pleiteado é necessário à parte autora comprovar que o instituidor do benefício era servidor público federal e que ela é sua dependente. Comprovados tais requisitos, o tempo de gozo do benefício dependerá da idade do pensionista, conforme estabelecido pela alínea "b" do citado artigo 222 da Lei n. 8.112/90. No caso dos autos, o óbito de Nelvy José Siqueira, ocorrido em 22.06.2015, foi comprovado pela respectiva certidão, acostada à fl. 19. A qualidade de dependente da postulante com relação ao falecido foi comprovada pela certidão de casamento de fl. 18, sendo a dependência econômica presumida, conforme artigo 217, inc. I, da Lei n.º 8.112/90. Em contestação, alega o INSS que ao finado foi concedida aposentadoria por invalidez em 03.03.1997. Contudo, no ano de 2006, verificou-se que ele estava exercendo mandato como vereador no Município de Ipaussu e, nesse contexto, após a deflagração de processo administrativo ablatório, constatou-se a insubsistência dos motivos para concessão de aposentadoria por invalidez. Narra que em menos de três meses após a publicação do ato administrativo de reversão, o de cujus requereu aposentadoria por tempo de serviço, sendo-lhe concedida a partir de 08.04.2008. Prossegue o INSS, aduzindo que, quando do pedido de pensão por morte, em 26.06.2015, verificou-se erro administrativo na concessão da segunda aposentadoria ao falecido, porquanto houve a consideração do período de julho de 1997 a abril de 2008 como tempo de serviço, quando, na verdade, o finado estava em gozo de aposentadoria por invalidez. Nessa senda, afirma o réu que excluiu o período que nunca deveria ter sido considerado, o servidor falecido não teria direito à aposentadoria por tempo de contribuição, o que afeta a base da pensão por morte. Conclui aduzindo não haver prazo contra a revisão de ato administrativo ampliativo de direito pela Administração, se houver má-fé do administrado, sendo dispensável a dilação probatória nos casos de má-fé notória.

Dos documentos que espelham as alegações do INSS extrai-se que ao falecido foi concedida aposentadoria voluntária por "tempo de serviço" por intermédio da Portaria INSS/GEX/BRU nº 29, de 04 de abril de 2008, publicada em 08.04.2008 (fl. 72); o TCU emitiu parecer pela legalidade do ato de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição ao finado (fl. 87); que pela Portaria INSS/GEX/BRU nº 45, de 06/07/2015 teria sido concedida pensão vitalícia à autora, cuja cota parte equivaleria a 100% da base de cálculo do benefício concedido ao finado (fl. 94).

Como é cediço, os atos administrativos podem ser revistos, constituindo-se essa prerrogativa em um poder-dever. No entanto, a anulação dos atos exarados pela Administração precisa respeitar o prazo decadencial estipulado pela lei, em respeito à segurança e estabilidade das relações jurídicas, excluídos os casos de comprovada má-fé.

Nesse sentido, o teor do disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Portanto, a Administração possui cinco anos para proceder à revisão de seus atos e anulá-los, sob pena de decadência, salvo má-fé.

A esse respeito, sustenta o INSS ser caso de má-fé notória do administrado, sendo dispensável a dilação probatória, porquanto não seria crível que o de cujus não teria notado um erro de onze anos na contagem de tempo, uma vez computado o período em que esteve aposentado por invalidez como se fora interregno em atividade.

Ocorre que, em virtude do princípio da proteção da legítima confiança, o servidor público possui justa expectativa de que são legais os atos praticados pela Administração Pública para os quais não haja contribuído insidiosamente, pois esta age em obediência à legalidade estrita. Assim, deixar-se-ia já bem claro: diante da ausência de comprovação de má-fé do finado no recebimento da aposentadoria por tempo de serviço, a Administração sujeita-se ao prazo decadencial para nulificar o ato.

No que concerne ao marco inicial do prazo decadencial para a revisão de aposentadoria de servidor público, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que, por se tratar de ato complexo, que se aperfeiçoa com o registro perante o Tribunal de Contas, tem-se que o termo inicial do prazo decadencial opera-se com a manifestação final da Corte de Contas. Assunte-se:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 1. A jurisprudência desta Casa firmou-se no sentido de que a aposentadoria de servidor público, por ser ato administrativo complexo, somente se aperfeiçoa com a sua confirmação pelo respectivo Tribunal de Contas, iniciando-se, então, o prazo decadencial para a Administração rever a concessão do benefício. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 572.001/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDATURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 21/11/2014)

No caso em tela, o parecer do Tribunal de Contas sobre a legalidade da concessão de aposentadoria voluntária por "tempo de serviço" ao finado remonta a 17.03.2010 (f. 87), mas o julgamento da Corte de Contas, fulcrado no art. 71, III da CRFB/88, remonta a 24/04/2012 (v. doc. em anexo), conforme Acórdão nº 2144/2012 (Ata nº 13/2012), relatado pelo Min. José Múcio Monteiro.

Logo, quando a autora requereu a pensão por morte, em 26.06.2015, não havia decorrido o lustro decadencial para a nulificação da concessão inicial do benefício.

O ponto, sobre o mérito em si da decisão de cessar o benefício, em especial pelo reforço proveniente da aprovação da licitude do ato de concessão da aposentadoria por tempo de serviço/ contribuição pelo TCU (v. doc. em anexo), é que as razões em que repousou o INSS em seu poder-dever de autotutela não merecem guarida.

Em primeiro plano, vê-se que o INSS convocou o servidor NELVY JOSÉ SIQUEIRA para perícia médica oficial após denúncia anônima de que havia sido eleito vereador na cidade de Ipaussu/SP (fl. 13). Este - e não outro - foi o móvel da realização da perícia, qual supostamente não lhe fosse possível estar inválido e exercer suas funções políticas.

Antes de mais nada, a premissa em que se lastreia o INSS-Administração, ao menos para fundar a determinação de reperícia nesses fatos, não é correta e recorrentemente tem chegado ao Poder Judiciário, pois se havia consolidado o entendimento administrativo de que o inválido não poderia desempenhar qualquer "trabalho", ou como tal a invalidez se infirmaria. Já em Juízo o INSS disse que tal "denúncia" anônima despertou dúvidas sobre a "constância do estado incapacitante para o trabalho" (fl. 56).

Logo, assim agindo, há que se ter claro que o retorno ao trabalho - o que confirmado por fls. 134/136 - deu-se por reversão no interesse da Administração (art. 25, I da Lei nº 8.112/90), mas não por nulificação do ato de concessão inicial da aposentadoria por invalidez.

Ora, tem-se claro que o servidor falecido foi repericiado. No laudo, constou que havia "estabilização do quadro depressivo, uma vez que não se observaram modificações na memória, no humor, na inteligência, no pensamento (...)", e poderia desempenhar a função de agente administrativo, tanto que dita conclusão estaria "corroborada pela condição de portador de mandato eletivo, que além de disposição física e mental para o pleno exercício, exigiu realização de campanha eleitoral, o que pressupõe sanidade mental" (fl. 131v).

Como se sabe, as Turmas previdenciárias do TRF da 3ª Região entendem, de modo pacífico, não ser incompatível a fruição de aposentadoria por invalidez com o exercício de mandato eletivo, até porque as premissas do labor profissional e do munus político são diversas, razoável sendo, inclusive, que a política se faça - ao menos em tese - acessível a pessoas com toda sorte de limitações e deficiências incapacitantes:

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CANCELAMENTO PELA AUTARQUIA - EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE VEREANÇA - INCAPACIDADE PARA O TRABALHO CONSTATADA NA PERÍCIA. POSSIBILIDADE DE CUMULATIVIDADE. 1. São requisitos dos benefícios postulados a incapacidade laboral, a qualidade de segurado e a carência, esta fixada em 12 contribuições mensais, nos termos do art. 25 e seguintes da Lei nº 8.213/91. 2. A preliminar de incompetência absoluta deve ser afastada, nos termos do artigo 104, 3º da CRFB. Na hipótese vertente, a parte autora pretende o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez cessado e a suspensão da cobrança de quaisquer valores percebidos administrativamente ou judicialmente. Embora o dispositivo legal não enumere em quais situações seria possível a propositura de ação perante o Juízo Estadual, entendo que, no caso, tendo em vista tratar-se de demanda decorrente de relação jurídica de natureza previdenciária, previamente estabelecida entre o segurado e instituição de previdência social, a competência delegada deve a ela se estender sendo, portanto, competente o Juízo Estadual para processá-la e julgá-la. 3. No caso dos autos, de acordo com o extrato do CNIS de fls. 162/170, verifica-se que restaram incontroversos o período de carência e a qualidade de segurado, eis que a parte autora esteve em gozo do benefício de aposentadoria por invalidez até 03/2008, quando teve o benefício cessado administrativamente, tendo, na sequência, ingressado com pedido judicial de restabelecimento do benefício em 01/07/2008. No tocante à incapacidade, o sr. perito judicial concluiu que a parte autora está incapacitada de forma total e permanente para as atividades laborais, com início da incapacidade confirmado na data da realização da perícia, em agosto de 2009 (fls. 195/203). Desse modo, diante do conjunto probatório, conclui-se que a parte autora faz jus ao recebimento do benefício de aposentadoria por invalidez a partir da cessação administrativa, conforme corretamente explicitado na sentença. 4. Para que haja o efetivo exercício da vereança, verifica-se que o vínculo estabelecido entre agente político e a Administração Pública não apresenta feições de caráter profissional, e sim a de múnus público, de natureza temporária, portanto de cunho diferenciado. Sendo assim, uma vez constatada a incapacitação profissional, não há como se inferir, necessariamente, que o desempenho dos atos da vida política também estaria comprometido. Ademais, para o exercício do mandato eletivo, a aptidão física não é uma de suas premissas, prova disso é a presença constante de deficientes físicos nas dependências legislativas. Destarte, uma vez preenchido todos os requisitos autorizadores para a concessão de benefício por invalidez, a devolução de valores imposto pelo INSS sob o fundamento de que o recebimento simultâneo de aposentadoria por invalidez e subsídio de vereador seria ilegal representa obstrução do livre exercício dos direitos políticos, sendo dessa forma, inaceitável. 5. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17. 6. Apelação desprovida. Consectários legais fixados de ofício. (Ap 00029651920114039999, DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFIRIO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/12/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

*PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC/1973. ARTIGO 557. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CANCELAMENTO. RETORNO DO SEGURADO AO TRABALHO. EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS PROVENTOS DECORRENTES DE CARGO POLÍTICO (VEREADOR). NÃO CARACTERIZADA INVALIDEZ PARA OS ATOS DA VIDA POLÍTICA. NATUREZA DIVERSA DAS REMUNERAÇÕES. BENEFÍCIO DEVIDO. AGRAVO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. I - Considerando que a decisão atacada foi proferida na vigência do CPC/1973, aplicam-se ao presente recurso as regras do artigo 557 e daquele código. II - Para a concessão da aposentadoria por invalidez é necessário comprovar a condição de segurado(a), o cumprimento da carência, salvo quando dispensada, e a incapacidade total e permanente para o trabalho. O auxílio-doença tem os mesmos requisitos, ressalvando-se a incapacidade, que deve ser total e temporária para a atividade habitualmente exercida. III - Comprovada a incapacidade total e permanente do(a) autor(a) para o trabalho habitualmente exercido (pedreiro). IV - Natureza diversa das remunerações - agente político não mantém vínculo de natureza profissional, mas, sim, exerce múnus público por tempo determinado. V - Devido o restabelecimento da aposentadoria por invalidez - NB 129.221.809-3, desde o dia seguinte à data da cessação indevida - 02/02/2008. VI - As parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente na forma das Súmulas 8 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei n. 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. VII - Os juros moratórios incidirão em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até o dia anterior à vigência do novo CC (11/01/2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei n. 11.960/09 (29/06/2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme redação dada ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos. VIII - Os honorários advocatícios são fixados em 10% das parcelas vencidas até a data desta decisão, conforme entendimento adotado pelo STJ (0.155.028, 18/10/2012, 2ª T., AgRgEDeclREsp) e pela 3ª Seção desta Corte (precedentes: AR 2010.03.00012023-9 - 28/05/2015; AR 2010.03.00.015567-9 - 25/06/2015; AR 2011.03.00.019451-3 - 28/05/2015; AR 2012.03.00.015973-6 - 28/11/2013; AR 2013.03.00.003538-9 - 11/06/2015), não incidindo a regra do art. 85 do CPC/2015, considerando que a interposição do recurso se deu na vigência do CPC anterior. IX - INSS é isento de custas, mas deve reembolsar as despesas efetivamente comprovadas. X - O pedido de indenização por danos morais, não foi objeto da apelação, restando indevida sua análise frente ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. XI - Agravo legal provido. Sentença reformada. Apelação provida. (AC 00457869620154039999, DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)*

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VEREADOR. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA PARCELAS PAGAS INDEVIDAMENTE. INOCORRÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO E APELAÇÃO DO INSS PREJUDICADA. 1. É possível a percepção conjunta do subsídio decorrente do exercício de mandato eletivo (vereador), por tempo determinado, com o provento de aposentadoria por invalidez, por se tratarem de vínculos de natureza diversa, uma vez que a incapacidade para o trabalho não significa, necessariamente, invalidez para os atos da vida política. 2. O restabelecimento do benefício deverá ocorrer a partir de sua suspensão, pelo INSS. 3. Uma vez determinado restabelecimento do benefício previdenciário, resta prejudicada a análise do pedido quanto à exigibilidade de supostos valores recebidos indevidamente pelo autor. 4. Recurso da parte autora provido e apelação do INSS prejudicada. (AC 00004933020154036111, DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/08/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

O argumento do estado mental de fato parece correto, mas não é possível inferir que o servidor, ao obter a aposentadoria por invalidez postulada no ano de 1997 (fls. 137/151), a tenha obtido de modo fraudulento.

Isso significa que o processo administrativo de cessação da aposentadoria é de reversão em sentido estrito e como tal deve ser analisado, para a compreensão adequada da contagem de tempo. Como se vê, ao dizer que eram insubsistentes os motivos para a aposentadoria (art. 25, I da Lei nº 8.112/90), o INSS explicitamente decidiu que a patologia psiquiátrica incapacitante "no momento" não existia (fl. 115), e que havia "estabilização do quadro depressivo" (fl. 131v).

Não fez decidir que seu ato era nulo. Embora as premissas de oniprofissionalidade e definitividade da aposentadoria por invalidez sejam inegáveis, não se discute que os estados de saúde são variáveis e, quando por algum modo ficar claro que o aposentado por invalidez recuperou a capacidade laboral, a despeito da definitividade - hipótese mesma que, no RGPS, foi explicitamente disciplinada pelo art. 47 da Lei nº 8.213/91 -, então a recuperação poderá (e deverá) fazer cessar definitivamente o benefício em determinado momento no RGPS; no caso do RPPS/RJU da União Federal, deverá reclamar reversão por recuperação.

O ponto é que, a partir da reversão, a Lei nº 8.112/90 não disciplina, ao menos com clarividência, qual haveria de ser a sorte do período em gozo de aposentadoria por invalidez, após a reversão. Ai, duas soluções podem ser então possíveis: i) que ele não possa contar como tempo de serviço para a aposentadoria subsequente, porque em gozo de aposentadoria não houve efetivo desempenho do trabalho; ii) que ele deva contar como efetivo exercício para a aposentadoria subsequente.

Caso o ato fosse evidentemente de nulificação da aposentadoria por invalidez, em especial por demonstração segura da fraude, este julgador estaria certo de filiar-se aos que veem a impossibilidade de contar o tempo de afastamento como de exercício para fins de nova aposentadoria, pela explícita razão de que, se genuína nulificação do ato de concessão inicial houvesse (art. 54 da Lei nº 9.784/99 c/c Súm. 473 do STF), então o tempo de invalidez sob gozo do benefício decorreria de aposentadoria tido por ilegal e ilegítima.

Diferente há de ser a hipótese da reversão (art. 25, I da Lei nº 8.112/90) por recuperação posterior da capacidade laboral, fundamento que, somenos exurgente da manifestação do INSS em processo administrativo, fará com que o tempo em gozo da aposentadoria não seja pura e simplesmente ignorado para concessão de nova jubilação. Afinal, o tempo em que o servidor aposentado assim esteve, quando da reversão, não lhe será útil para todos os fins funcionais, tais como vantagens remuneratórias, mas não lhe pode ser ignorado para fins de "nova aposentadoria".

O próprio art. 103 da Lei nº 8.112/90 disciplina hipóteses em que somente se contará tempo para fins de "aposentadoria" e "disponibilidade", nada mais que isso. Veja-se que ali não se incluiu o tempo de aposentadoria em caso de haver reversão (art. 25).

Porém, explicitamente no 1º do mesmo artigo está dito que "O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria": Art. 103. Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade: I - o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal; II - a licença para tratamento de saúde de pessoal da família do servidor, com remuneração, que exceder a 30 (trinta) dias em período de 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.269, de 2010) III - a licença para atividade política, no caso do art. 86, 2º; IV - o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou distrital, anterior ao ingresso no serviço público federal; V - o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social; VI - o tempo de serviço relativo a tiro de guerra; VII - o tempo de licença para tratamento da própria saúde que exceder o prazo a que se refere a alínea "b" do inciso VIII do art. 102. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) 1º O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria.

Buscando-se a adequada compreensão do dispositivo, chega-se à conclusão de que não faz sentido interpretá-lo senão em casos de aposentadoria revertida, pois não se falaria, do contrário, em "nova" aposentadoria caso primeva não estivesse sob discussão. Fica excluída a incidência normativa em caso de jubilação nula, que não foi o caso.

Porém, com a situação de reversão de aposentadoria por invalidez por recuperação (i.e., tendo o ato de concessão inicial sido legítimo), chegar-se-ia, se esta não fosse a interpretação correta, a situação deveras censurável: caso alguém estivesse licenciado para tratamento de sua própria saúde, assim impedido de desempenhar efetivamente suas funções, poderia contar tal tempo de afastamento como de efetivo exercício para fins de aposentadoria (art. 103, VII da Lei nº 8.112/90); porém, caso estivesse aposentado por invalidez e adiante houvesse reversão (art. 25, I da mesma lei), esse tempo então não seria contado para a mesma finalidade.

Para o caso presente, o servidor falecido e/ou seus dependentes seriam prejudicados, evidentemente, em especial quando se vê que a premissa da constatação da cessação da incapacidade foi, sim, o exercício de mandato eletivo, o que a jurisprudência vem a rechaçar como fundamento singelo para a cessação de aposentadoria por invalidez.

É justamente por isso que o 1º do art. 103 da Lei nº 8.112/90 bem o estabelece: "O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria", o que reclama aplicação em cenário de ausência de nulificação da aposentadoria, o que obviamente aconteceria em cenário de fraude.

Este tem sido o entendimento do próprio TCU, como se vê do voto exarado no seguinte acórdão: "(...) Com relação ao artigo 103, 1º, da Lei 8.112/90, ele somente pode ter aplicação conforme à constituição na estrita hipótese em que o servidor tenha sido aposentado legitimamente por invalidez, hipótese prevista pela própria Carta Magna, e regressado à atividade, cessada a causa da invalidez.

Nesta única hipótese, não se pode apontar vício na concessão inicial, porquanto legítima e legalmente deferida e não se poderia exigir do servidor que estivesse em atividade, justamente por estar acometido de moléstia que o impede de trabalhar; determinante do ato de aposentação.

Aliás, o legislador não faz aí nada mais que atribuir à inatividade decorrente de impossibilidade de prestação laboral os mesmos efeitos que essa mesma impossibilidade produz quando o servidor está apenas afastado do trabalho para tratamento da própria saúde. Também neste caso não há a prestação de serviço e, de igual modo, esse tempo é computável para aposentadoria" (TCU, Acórdão 2507/2003, Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 011.802/1999-5, Sessão de 21/10/2003, Ata 38/2003) Nesse sentido, ficou nítido que o INSS-Administração considerou a modificação do estado incapacitante "no momento" e não ab initio, não nulificando a aposentadoria por invalidez, senão decretando, ali, a reversão.

Mesmo que escorado o INSS hipoteticamente em motivo inadequado, qual seja, o de que o aposentado por invalidez não pudesse exercer um mandato político, fato é que a reversão por recuperação deverá permitir o aproveitamento do tempo de afastamento do servidor aposentado para fins de concessão de nova aposentadoria, dado que não restou comprovado possível cenário de fraude alegado pelo INSS (art. 373, II do CPC/2015).

Por fim, apesar de anterior ação ter sido distribuída na Justiça Estadual, a mesma foi extinta sem resolução do mérito (fl. 54/54v), o que não inibiu a propositura desta. Sem embargo, o que se viu é que a parte autora já estaria supostamente recebendo benefício de pensão por morte (fls. 40/41 e fl. 39) decorrente daquela demanda (v. fl. 39), até que ali se assentou que o benefício ora postulado não diz respeito ao Regime Geral de Previdência Social, mas ao RPPS do servidor dos quadros do INSS e se extinguiu o feito (fls. 54/54v).

Nada obstante, quando, em alegado cumprimento à tutela antecipada deferida e adiante parcialmente retificada (fls. 33/34v e 44/45) nestes, o INSS-AADJ o noticiou, fez alusão ao benefício do RGPS (fls. 174/175). De todo modo, não é este o objeto da demanda presente.

Seja ainda como for, o INSS, peticionando o I. Procurador Federal em Juízo, comprovou de fato a implantação da pensão por morte decorrente do RPPS (fls. 171/173), precisa vexata quaestio.

Nesse toar, remanescem as razões para a concessão da antecipação de tutela /tutela de urgência vindicada, em sendo benefício alimentar e ora robustecida a verossimilhança das alegações autorais, acolhido o pedido em sede de cognição exauriente, com os considerandos e fundamentos apostos ao longo da fundamentação supra. (...)

Por primeiro, cumpre esclarecer que o ato administrativo objeto de revisão pela Administração foi a concessão de aposentadoria por tempo de serviço ao instituidor da pensão, o qual acabou por repercutir no benefício de pensão por morte ora pleiteado pela autora.

Ressalte-se, também, pelo que se apresenta no contexto dos autos, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição ao instituidor da pensão apenas pode ser reputado a ato/fato da União.

Não há prova de má-fé do instituidor da pensão em relação à contagem do interregno em que permaneceu aposentado por invalidez como efetivo tempo de serviço, a repercutir na decadência administrativa para a revisão do mesmo (art. 54 da Lei n. 9.784/1999).

Comefeito, a Administração pode e deve anular e revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidade e vícios, em razão do exercício da autotutela e em consonância com a Súmula 473 do STF.

Até a edição da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o poder-dever da Administração de rever os próprios atos quando eivados de ilegalidade, podia ser exercido a qualquer tempo, nos termos do art. 114 da Lei nº 8.112/90, em sintonia com a posição jurisprudencial do STF, expressa nas Súmulas 346 e 473, descritas a seguir:

Súmula 346: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Com a edição da Lei nº 9.784/99, o poder-dever de a Administração rever os atos praticados passou a ter prazo decadencial, qual seja, cinco anos, *in verbis*:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

A regulamentação legal objetiva proporcionar segurança às relações jurídicas que acabaram por sedimentar-se em virtude do fator tempo. Salvo casos de má-fé, afirmando-se na confiança legítima que deriva da segurança jurídica, se o ato, a despeito do vício, produziu efeitos favoráveis ao beneficiário durante todo o quinquênio, sem que tenha havido iniciativa da Administração para anulá-lo, deve ser alvo de convalidação, impedindo-se, então, seja exercida a autotutela.

Sedimentou-se entendimento nos tribunais de que a contagem do prazo tem início com a vigência da Lei 9.784/99, em fevereiro de 1999. Confira-se:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APROVAÇÃO. PROJETO DE REFLORESTAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. DECADÊNCIA. NÃO CARACTERIZADA. JULGAMENTO DA CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE. PROVA PERICIAL. DESNECESSÁRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. O prazo decadencial para a Administração anular seus próprios atos previsto no artigo 54 da Lei n. 9.784/99 tem aplicação a partir da vigência da norma, quanto aos fatos ocorridos anteriormente, não se consumando o prazo na espécie. Precedentes. (...) 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. ..EMEN:

(RESP 200701642121, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:12/09/2013 ..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO. SUPRESSÃO DE ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 473/STF. ART. 54 DA LEI 9.784/1999. TERMO INICIAL. VIGÊNCIA DA NORMA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RESP 1.244.182/PB, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS INDEVIDOS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. (...) 3. É poder-dever da Administração rever seu ato, de modo a adequá-lo aos preceitos legais (Súm. 473/STF), respeitado, no âmbito federal, o prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. 4. A jurisprudência da Corte Especial é firme no sentido de que o prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 deve ser aplicado a partir da entrada em vigor da norma em questão, ou seja, na data de sua publicação (1º.2.1999). 5. No caso dos autos, o ato administrativo relativo à concessão de adicional por tempo de serviço, em pensão por morte, foi praticado em 1996. A decadência começou a fluir em 1º.2.1999, data da entrada em vigor da Lei 9.784/1999, e expirou em 1º.2.2004, de modo que a alteração efetivada pela Administração, a partir do contracheque de fevereiro de 2002, não havia sido atingida pela decadência. 6. Não é cabível a restituição de valores se estes foram recebidos de boa-fé pelo servidor e se houve errônea interpretação, má aplicação da lei ou erro por parte da Administração Pública (REsp 1244182/PB, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2012, DJe 19/10/2012, sob o regime do art. 543-C do CPC). 7. Considerando a boa-fé na percepção do adicional, não poderia a União ter realizado os descontos no contracheque da recorrida, como meio de restituição de valores relativos à supressão do adicional anteriormente concedido, cabendo a devolução dos valores. Precedentes do STJ. (...) 11. Recurso especial parcialmente provido. ..EMEN:

(RESP 201201540398, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 09/04/2013 ..DTPB:.)

..EMEN: ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - APOSENTADORIA CONCEDIDA EM 1982 - REVISÃO OCORRIDA EM OUTUBRO DE 2004 - NÃO CABIMENTO - PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA - VERIFICAÇÃO - DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS DESDE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.784/99 - NORMA APLICÁVEL A TODA A FEDERAÇÃO - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. A Corte Especial deste Tribunal assentou o entendimento de que anteriormente à Lei nº 9.784/99 a Administração Pública poderia rever seus próprios atos a qualquer tempo (Súmulas 346 e 473/STF) e que o prazo quinquenal estabelecido no art. 54, da Lei nº 9.784/99 só pode ser contado a partir do início da sua vigência. 2. A prescrição administrativa verificou-se em janeiro de 2004. A revisão do benefício ocorreu em outubro daquele mesmo ano. 3. A Lei nº 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária em todas as esferas da Federação se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local. 4. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido. ..EMEN:

(ROMS 200802186383, MOURA RIBEIRO, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 14/10/2013 ..DTPB:.)

Por outro lado, o E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a aposentadoria e a pensão são atos administrativos complexos, que só se aperfeiçoam com o exame e declaração de validade do ato pelo Tribunal de Contas da União.

Nesse passo, o ato concessivo da aposentadoria e da pensão deve ter sua legalidade submetida à apreciação do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo, como dispõe o artigo 71, III, da Constituição Federal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de contas da União, ao qual compete:

(...)

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Nesse sentido:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TCU QUE DETERMINOU A EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO (URP - 26,05% E PLANO BRESSER - 26,06%). COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA À CORTE DE CONTAS. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA COISA JULGADA, DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 5. A decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 não se consuma no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de contas da União, que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (CRFB/88, art. 71, III) -, porquanto o respectivo ato de aposentação é juridicamente complexo, e, apenas, se aperfeiçoa com o registro na Corte de contas. Precedentes: MS 30.916, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 8/6/2012; MS 25.525, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19/3/2010; MS 25.697, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 12/3/2010. (...)

(MS 30537 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015)

..EMEN: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO. REVISÃO. ART. 54 DA LEI N. 9.784/99. MANIFESTAÇÃO E CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. CONTRADITÓRIO. OBSERVÂNCIA IMPOSTA APENAS QUANDO O PRAZO FOR SUPERIOR A CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 515, § 3º, DO CPC, NA VIA ESPECIAL. I - Este Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a aposentadoria de servidor público e, conseqüentemente, o ato concessivo da pensão, por ser ato administrativo complexo, somente se aperfeiçoa com a sua confirmação pelo respectivo Tribunal de contas, iniciando-se, então, o prazo decadencial para a Administração rever a sua concessão. (...) IV - Agravo regimental improvido. ..EMEN:(AGRESP 200900776528, NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:07/08/2015 ..DTPB:.)

Na hipótese, verifico que o ato de concessão da aposentadoria ao instituidor da pensão, cujo início se deu em 08.04.2008, foi objeto de avaliação no Tribunal de Contas, que o considerou "Legal", na sessão de 24.04.2012 (processo 026369-1-04-2008-000003-2 - Acórdão nº 2144/2012 - TCU - 1ª Câmara – conforme consulta no site).

Desta feita, a revisão dos proventos de aposentadoria do instituidor da pensão levada a efeito por conta do pedido de pensão por morte da autora, requerido em 02.10.2015, não foi atingida pelo prazo decadencial/prescricional de cinco anos.

Logo escoreita a decisão do magistrado quanto ao ponto.

De outro turno, resta a análise acerca da possibilidade de contagem do tempo ficto para efeito de aposentadoria do instituidor da pensão a repercutir no valor do benefício de pensão por morte devido à autora.

Conforme transcrição supra do excerto da r. sentença, o magistrado entendeu pela possibilidade da contagem do tempo de inatividade para efeito de concessão da nova aposentadoria ao instituidor da pensão (Nelvy José Siqueira), mais uma vez, afastando a má-fé por parte do servidor falecido, e determinou que o INSS adequasse o valor da pensão por morte da autora, a contar de 22.06.2015, considerando o tempo de serviço total do servidor, ou seja, o tempo em que aposentado por invalidez.

Em relação aos segurados do RGPS, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento segundo o qual é possível a contagem do tempo ficto decorrente para fins de nova aposentadoria, desde que intercalado com período de atividade. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CÔMPUTO DO TEMPO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE COMO PERÍODO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE INTERCALADO COM PERÍODO DE EFETIVO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS ERGA OMNES LIMITADOS À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. Ação civil pública que tem como objetivo obrigar o INSS a computar, como período de carência, o tempo em que os segurados estão no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez).

2. O acórdão recorrido julgou a lide de modo fundamentado e coerente, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração e, por conseguinte, à violação do art.

535 do Código de Processo Civil.

3. É possível considerar o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) para fins de carência, desde que intercalados com períodos contributivos.

4. Se o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade é excepcionalmente considerado como tempo ficto de contribuição, não se justifica interpretar a norma de maneira distinta para fins de carência, desde que intercalado com atividade laborativa.

5. Possibilidade de execução da obrigação de fazer, de cunho mandamental, antes do trânsito em julgado e independentemente de caução, a ser processada nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil.

6. Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97.

7. O valor da multa cominatória fixada pelas instâncias ordinárias somente pode ser revisado em sede de recurso especial se irrisório ou exorbitante, hipóteses não contempladas no caso em análise.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1414439/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

No tocante aos servidores públicos o art. 103, §1º da Lei n. 8.112/90 deu ensejo à Súmula 74 do TCU que orienta: “Para efeito apenas de aposentadoria - e não para o de acréscimo por tempo de serviço ou qualquer outra vantagem - admite-se a contagem do período de inatividade com o objetivo de suprir lacuna deixada pela exclusão de tempo de serviço não computável em face da lei e o de evitar a reversão à atividade de antigos servidores, cujas concessões foram tardiamente submetidas a exame e julgamento do Tribunal de Contas da União”.

Entretanto, com a Emenda Constitucional n. 20/98, a qual acrescentou o §10 ao art. 40 da CF (“§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”), a regra do art. 103, §1º, da Lei n. 8.112/90 restou tacitamente revogada.

Assim, a referida súmula do Tribunal de Contas deixou de ser aplicada nos casos em que a aquisição do direito aposentadoria se deu em data posterior à EC n. 20/98, posto que estabelecido regime de previdência de caráter contributivo e não mais por tempo de serviço para os servidores públicos, bem como pela vedação expressa de contagem de tempo fictício de contribuição.

Nesse sentido, precedentes a seguir transcritos, incluindo desta Corte Regional:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. LICENÇA SEM VENCIMENTOS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EQUIVALENTE PARA FINS DE APOSENTADORIA? TEMPO FICTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. IMPOSSIBILIDADE.

Ausente o alegado direito líquido e certo, pois inviável a contagem de tempo de contribuição fictício, nos moldes do disposto na Emenda Constitucional 20/98. Recurso desprovido.

(RMS 17.529/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 317)

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA NO RPPS. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE INSALUBRE. REGIME CELETISTA. ACRÉSCIMO DE 40%. CONTAGEM DE TEMPO FICTO. SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 40, § 10º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A contagem recíproca consiste na adição de períodos submetidos a sistemas previdenciários distintos, somando-se o tempo de contribuição de atividade sob regime da CLT e no serviço público.

2. A Lei nº 8.213/91 traz disposições sobre a contagem recíproca, determinando que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

3. É inconteste o direito de contagem recíproca ao servidor público, isto é, de ser computado o período de tempo de contribuição ao RGPS e ao RPPS.

4. O artigo 40, §4º, da Constituição Federal veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria dos servidores públicos, salvo quando estes, dentre outras hipóteses, exercerem atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física.

5. A lei complementar não foi editada pelo Poder Legislativo, não se regulamentando a previsão constitucional de aposentadoria especial dos servidores públicos.

6. Consoante o disposto na Súmula Vinculante nº 33, aos servidores que prestam serviços em condições insalubres, enquanto não editada a lei complementar específica, torna-se viável a aplicação das regras do RGPS sobre aposentadoria especial.

7. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é vedada a contagem de tempo ficto, por força do artigo 40, §10º, da Constituição Federal.

8. Não há previsão legal que assegure a conversão do tempo especial em tempo comum para o servidor público, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades em condições nocivas.

8. Inexiste o direito à averbação do tempo de serviço laborado em atividade insalubre, no período de 6.7.1990 e 1.8.1994, com o acréscimo de 40%, eis que na mencionada época a parte impetrante trabalhou como servidora pública sob o regime estatutário.

9. Mandado de Segurança denegado.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 5000011-94.2015.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 28/02/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/03/2019)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO FICTA. SÚMULA TCU 74. INAPLICABILIDADE. EC 20/1998. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE PARCELAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES RELATIVAS AO PERÍODO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. O artigo 54 da Lei nº 9.784/99 confere à Administração o direito de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários em cinco anos, contados da data em que foram praticados. Após esse prazo, ocorre a decadência desse direito, que não se verificou no processo em tela. 2. A Súmula TCU 74 não mais se aplica aos casos em que a aquisição do direito a aposentação tenha ocorrido posteriormente à promulgação da referida Emenda, visto que o disposto no art. 40 da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98), estabeleceu o regime de previdência de caráter contributivo, passando a exigir tempo de contribuição e não mais tempo de serviço para fins de aposentadoria no serviço público, bem como vedou a contagem de tempo fictício de contribuição. 3. Nos autos não consta que o autor tenha procurado o parcelamento das contribuições relativas ao período e que este tenha sido indeferido, a viabilizar a reforma do ato administrativo pela via judicial, o que leva à extinção do processo sem resolução do mérito, neste particular. (TRF4, AC 2006.72.05.005920-5, TERCEIRA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E. 03/02/2011)

Logo, na hipótese, quando da aposentadoria por tempo de contribuição do instituidor da pensão, concedida com fundamento no art. 6º, da EC n. 41/03, em 08.04.2008, já não mais existia permissão legal para o cômputo do período de inatividade, segundo regra constitucional que impede o cômputo de tempo ficto de contribuição (art. 40, §10, da CF).

Assim, a despeito de ter ou não havido má-fé do servidor público falecido em relação ao gozo da aposentadoria por invalidez, uma vez que exerceu cargo de vereador na cidade de Ipaussu, entendo que a adequação do valor da pensão da autora para que, conforme decidido pelo magistrado de primeira instância, “*dele conste como tempo de serviço total do servidor; para fins de nova aposentadoria e ulterior pensão, aquele em que esteve aposentado por invalidez antes da reversão administrativa*”, não deve subsistir, porquanto não existe amparo legal para tanto.

Desta feita, imperiosa a reforma da sentença, no ponto, pois, na hipótese, a regra constitucional impede que o tempo de incapacidade do servidor pudesse ser contado para fins de concessão da segunda aposentadoria ao instituidor do benefício, o que necessariamente repercute no valor da pensão por morte da autora, impossibilitando que seja calculada com base nos proventos integrais.

Curial destacar, ainda, que não houve negativa por parte da Administração em conceder a pensão a ADIB MIGUEL SIQUEIRA, apenas, postergou-se a implementação desta para o estabelecimento do correto percentual devido à pensionista, como informado na Carta INSS/GEXBRU/SOGP – 21723 de 26.10.2015.

Da verba sucumbencial

Tendo em vista que a sentença foi publicada sob a égide do novo CPC, é aplicável quanto à sucumbência este regramento.

Reformada a decisão em grau recursal, impõe-se a fixação de honorários a serem pagos pela parte autora por incidência do disposto no §11º do artigo 85 do NCPC.

Assim, com base no art. 85 e parágrafos do CPC, fixo-os em 10% do valor atribuído a causa, observada a gratuidade da justiça.

Dispositivo

Ante o exposto, **dou provimento** ao apelo, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

E M E N T A

APELAÇÃO. SERVIDOR. PENSÃO POR MORTE. *QUANTUM*. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ REVERTIDA. TEMPO DE INATIVIDADE. CÔMPUTO PARA NOVA APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONTAGEM DE TEMPO FICTO APÓS EC N. 20/98. REPERCUSSÃO NO VALOR DA PENSÃO POR MORTE. APELO PROVIDO.

1. Apelação interposta pelo INSS contra a sentença que, confirmando tutela antecipada, julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte à viúva de servidor público federal calculada com base nos proventos integrais de aposentadoria recebidos pelo instituidor da pensão, condenando o INSS “*a implantar pensão por morte decorrente do óbito do servidor público Nelvy José Siqueira (RPPS) em favor da autora, a partir do óbito em 22.06.2015 (f. 19), obedecendo-se ao disposto no art. 40, 7º, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003), consoante os arts. 215 e seguintes da Lei nº 8.112/90, tal que o tempo em que o servidor esteve aposentado por invalidez antes da reversão administrativa seja contado para a concessão da nova aposentadoria por tempo, a qual precede o ato de pensionamento (art. 103, 1º da Lei nº 8.112/90), tudo nos termos da fundamentação.*”

2. O ato administrativo objeto de revisão pela Administração foi a concessão de aposentadoria por tempo de serviço ao instituidor da pensão, o qual acabou por repercutir no benefício de pensão por morte ora pleiteado pela autora.

3. Decadência/prescrição administrativa afastada. Não há prova de má-fé do instituidor da pensão em relação à contagem do interregno em que permaneceu aposentado por invalidez como efetivo tempo de serviço, a repercutir na decadência administrativa para a revisão do mesmo (art. 54 da Lei n. 9.784/1999).

4. O E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a aposentadoria e a pensão são atos administrativos complexos, que só se aperfeiçoam com o exame e declaração de validade do ato pelo Tribunal de Contas.

5. O ato de concessão da aposentadoria ao instituidor da pensão, cujo início se deu em 08.04.2008, foi objeto de avaliação no Tribunal de Contas, que o considerou "Legal", na sessão de 24.04.2012 (processo 026369-1-04-2008-000003-2 - Acórdão nº 2144/2012 - TCU - 1ª Câmara – conforme consulta no site). Portanto, a revisão dos proventos de aposentadoria do instituidor da pensão levada a efeito por conta do pedido de pensão por morte da autora, requerido em 02.10.2015, não foi atingida pelo prazo decadencial/prescricional de cinco anos.

6. Em relação aos segurados do RGPS, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento segundo o qual é possível a contagem do tempo ficto decorrente para fins de nova aposentadoria, desde que intercalado com período de atividade.

7. No tocante aos servidores públicos o art. 103, §1º da Lei n. 8.112/90 deu ensejo à Súmula 74 do TCU que orienta: “*Para efeito apenas de aposentadoria - e não para o de acréscimo por tempo de serviço ou qualquer outra vantagem - admite-se a contagem do período de inatividade com o objetivo de suprir lacuna deixada pela exclusão de tempo de serviço não computável em face da lei e o de evitar a reversão à atividade de antigos servidores, cujas concessões foram tardiamente submetidas a exame e julgamento do Tribunal de Contas da União*”. Entretanto, com a Emenda Constitucional n. 20/98, a qual acrescentou o §10 ao art. 40 da CF (“§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”), a regra do art. 103, §1º, da Lei n. 8.112/90 restou tacitamente revogada. A referida súmula do Tribunal de Contas deixou de ser aplicada nos casos em que a aquisição do direito aposentadoria se deu em data posterior à EC n. 20/98, posto que estabelecido regime de previdência de caráter contributivo e não mais por tempo de serviço para os servidores públicos, bem como pela vedação expressa de contagem de tempo fictício de contribuição. Precedentes.

8. Na hipótese, quando da aposentadoria por tempo de contribuição do instituidor da pensão, concedida com fundamento no art. 6º, da EC n. 41/03, em 08.04.2008, já não mais existia permissão legal para o cômputo do período de inatividade para nova aposentadoria, segundo regra constitucional que impede o cômputo de tempo ficto de contribuição (art. 40, §10, da CF).

9. A despeito de ter ou não havido má-fé do servidor público falecido em relação ao gozo da aposentadoria por invalidez, uma vez que exerceu cargo de vereador na cidade de Ipaussu, a adequação do valor da pensão da autora para não deve subsistir. A regra constitucional impede que o tempo de incapacidade do servidor possa ser contado para fins de concessão da segunda aposentadoria ao instituidor do benefício, o que necessariamente repercute no valor da pensão por morte da autora, impossibilitando que seja calculada com base nos proventos integrais. Sentença reformada no ponto.

10. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu provimento ao apelo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008539-93.2018.4.03.6182

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

APELANTE: JBS S/A

Advogado do(a) APELANTE: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Erro de interpretação na linha: '

#{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5008539-93.2018.4.03.6182

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

APELANTE: JBS S/A

Advogado do(a) APELANTE: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por JBS S/A contra a sentença que julgou extinta a presente restauração dos autos nº 0022977-49.2017.403.6182, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, julgo, por sentença, extinta a presente restauração dos autos do processo n.º 0022977-49.2017.403.6182, nos termos do artigo 714, §1º do Código de Processo Civil.

Arcará a parte autora com honorários advocatícios da ação de restauração movida por sua responsabilidade, conforme já estabelecido na fundamentação, sendo estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), levando em conta o local e a forma da prestação dos serviços, o vultoso número de folhas a ser conferido pela parte contrária – que demanda tempo, ao alto valor do processo de execução fiscal extraviado, na forma do § 2º, incisos, do art. 85 do CPC, tudo a teor do art. 718 do CPC. A verba deverá ser atualizada segundo os critérios de correção monetária fixados pelo Conselho da Justiça Federal para os débitos judiciais.

Arca ainda a parte autora com multa de 1% sobre o valor da causa, em razão da litigância de má-fé reconhecida nesta sentença, com fundamento nos artigos 80, inciso V, e 81, ambos do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Proceda a Secretaria à baixa da presente restauração de autos, devendo ser esta reautuada na classe Execução Fiscal e com o número dos autos da execução fiscal restauranda de n.º 0003169-83.2002.403.6182, nos termos do parágrafo primeiro do art. 203 do Provimento COGE n.º 64/2005.

Determino ainda que a execução fiscal restauranda de n.º 0003169-83.2002.403.6182 passe a tramitar no sistema PJE, nos termos da Resolução PRES n.º 142 de 20/07/2017 do E. TRF da 3ª Região.

Oficie-se com cópia integral do presente processo ao Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, para apuração em tese de responsabilidade profissional, diante do disposto no art. 34, XXII da Lei 8.906/94.

Ao trânsito em julgado, diga a Fazenda, no prazo de 05 (cinco) dias, acerca da petição IDs 8951301 e 9554345.

Proceda a Secretaria à correção do valor da causa originário, que deve corresponder a R\$ 6.759.084,03.

Após, voltem os autos conclusos.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.”

Em suas razões recursais, a JBS S/A suscita a nulidade da sentença, por alterar o valor da causa de ofício e por não intimá-la previamente para se manifestar nos termos do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto ao mérito, alega que o art. 292 do Código de Processo Civil de 2015 apenas permite a correção de ofício do valor da causa nas hipóteses de não corresponder ao conteúdo patrimonial ou ao proveito econômico e que o caso dos autos não se enquadraria nelas, pois a ação de restauração é autônoma e independente em relação à ação restaurada e não há proveito econômico a ser obtido por meio dela. Também sustenta que não é possível a aplicação de multa por litigância de má-fé, pois não houve dolo da autora e esta promoveu a restauração tão logo constatou a perda dos autos.

Com as contrarrazões da União, subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008539-93.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: JBS S/A
Advogado do(a) APELANTE: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
#{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Da admissibilidade do recurso

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise.

Da nulidade da sentença

Com relação ao valor da causa, o art. 292, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 autoriza a retificação do valor pelo juízo de ofício:

“Art. 292. (...)

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor; caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.”

E a jurisprudência é consolidada neste sentido:

*RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO APRECIADA. VALOR DA CAUSA. ALTERAÇÃO EX OFFICIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o tribunal a quo persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição argüidas como existentes no *decisum*. 2. Decidindo o Tribunal a quo todas as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão qualquer a ser suprida. 3. Em havendo conseqüências que o valor da causa acarrete ao andamento do feito ou ao Erário Público, esta Corte Superior de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que **é possível ao magistrado, de ofício, ordenar a retificação do valor da causa, ad exemplum, quando o critério de fixação estiver especificamente previsto em lei ou, ainda, quando a atribuição constante da inicial constituir expediente do autor para desviar a competência, o rito procedimental adequado ou alterar regra recursal**. 4. A jurisprudência desta Corte é firme na compreensão de que, em sendo os embargos do devedor parciais, o valor da causa deve corresponder à diferença entre o total executado e o reconhecido como devido. 5. Recurso provido.*

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 753147 2005.00.84744-9, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:05/02/2007 PG:00412 ..DTPB:.)

*PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL - ARTS. 463, 467 E 468 DO CPC - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - DESPROVIMENTO. 1 - Não enseja interposição de Recurso Especial matérias (arts. 463, 467 e 468, CPC) não ventiladas no v. julgado atacado, estando ausente requisito indispensável do prequestionamento. Aplicação da Súmula 211/STJ. 2 - Ainda que superado tal óbice, a conclusão adotada pelo Egrégio Tribunal a quo encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que **o juiz, pode proceder à retificação do valor da causa quando existir uma discrepância relevante entre o valor dado à causa e o seu efetivo valor econômico, de modo a causar gravame ao erário público, que é indisponível**. Precedentes (REsp n.ºs 168.292/GO, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJU de 28.05.2001 e 55.288/GO, Rel. Ministro CASTRO FILHO, DJU de 14.10.2002). 3 - Agravo Regimental desprovido.*

(AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 512956 2003.00.58014-1, JORGE SCARTEZZINI, STJ - QUARTA TURMA, DJ DATA:09/05/2005 PG:00410 ..DTPB:.)

RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. ARTIGO 261 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. As regras sobre o valor da causa são de ordem pública, podendo o magistrado, de ofício, fixá-lo quando for atribuído à causa valor manifestamente discrepante quanto ao seu real conteúdo econômico. Precedentes. Recurso especial não conhecido.

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 55288 1994.00.30761-6, CASTRO FILHO, STJ - TERCEIRA TURMA, DJ DATA:14/10/2002 PG:00225 ..DTPB:.)

Com relação à prévia intimação, é verdade que o art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 exige prévia intimação das partes antes da apreciação das questões que pode decidir de ofício:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Porém, é certo que esse Código também valoriza os princípios da economia e da celeridade processual e da instrumentalidade das formas, buscando evitar diligências inúteis e formalismos processuais cuja inexistência não traga prejuízo às partes, consoante o princípio do *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), e favorecer o julgamento de mérito.

No caso dos autos, não há prejuízo, tampouco decisão surpresa, pois o valor da causa em que praticado o suposto ato de litigância de má-fé já era conhecido pelas partes.

Assim, não há motivo para anular a sentença apenas para que as partes se manifestem em primeiro grau, sendo que neste momento processual as partes já se manifestaram sobre a questão e o mérito pode ser apreciado desde logo por este Tribunal.

Assim, não vislumbro nulidades na sentença.

Da retificação do valor da causa de ofício

O valor da causa da restauração de autos corresponde ao valor da causa do processo que está sendo restaurado. Confira-se os seguintes precedentes:

*PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ART. 267, III E IV, DO CPC. INCABIMENTO. VALOR DA CAUSA E REQUERIMENTO PARA CITAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA. INTIMAÇÃO DO AUTOR PARA EMENDAR A INICIAL. POSSIBILIDADE. ART. 284 DO CPC. - Deve o Juízo, verificando que a inicial não preenche os requisitos exigidos nos artigos 282 e 283 do CPC, determinar que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias, consoante redação do artigo 284 do mencionado diploma legal. Assim, é de se concluir que o juiz a quo procedeu corretamente ao determinar a intimação da parte autora para emendar a petição inicial. - Não há que se falar em inepta da inicial, não obstante tenha ocorrido a ausência de requerimento de citação do réu, nos termos do art. 282, VII, do CPC, pois o juiz ordenou a citação deste, a qual foi prontamente atendida pela União, que veio a Juízo e promoveu adequadamente a sua defesa, no tocante às alegações de fato e de direito mencionadas pelo autor; fato que configura a inoccorrência de qualquer prejuízo em seu favor. - In casu, a ausência de indicação do valor atribuído à causa não conduz à extinção da demanda, sem resolução de mérito. Isto porque, em regra, **o valor da causa do procedimento de restauração dos autos é o mesmo atribuído à ação que se pretende restaurar**. Assim, tendo sido apresentada cópia da petição inicial da ação principal, com expressa determinação do valor da causa e, posteriormente, do presente procedimento, em observância aos princípios da instrumentalidade das formas e da celeridade processual, é incabível o indeferimento da inicial, por ausência de indicação do valor da causa, como pretende o recorrente. - As alegações do apelante, quanto ao abandono da causa por mais de 30 (trinta) dias e de ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, com fulcro no art. 267, III e IV, do CPC, não merecem prosperar, em vista de o autor não ter se mantido inerte a apresentar os elementos necessários ao prosseguimento da ação. - Apelação improvida.*

(AC - Apelação Cível - 442149 2000.82.01.005057-5, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::10/06/2010 - Página::398.)

*APELAÇÃO. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS EM DESFAVOR DA PARTE QUE DEU CAUSA AO EXTRAVIO. ART. 1.069, DO CPC/73. 1. Apelação interposta contra sentença que, ao julgar procedente o pedido de restauração dos autos, condenou a União Federal ao pagamento de honorários fixados em 5% (cinco por cento) do **valor da causa do processo originário**. 2. Verificando-se, da leitura dos autos, que a União Federal foi a responsável pelo extravio dos autos, correta a sentença que determinou sua condenação em honorários, nos termos do art. 1.069, do CPC/73. 3. Apelação não provida.*

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0019588-38.2011.4.02.5101, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - 5ª TURMA ESPECIALIZADA.)

Porém, ainda que se acolhesse a tese da apelante no sentido de que a ação de restauração de autos não possui valor da causa ou este não corresponde ao valor da causa dos autos que está sendo restaurada, não ensejaria a alteração da base de cálculo sobre a qual se calcularia a multa por litigância de má-fé, pois o ato de litigância de má-fé foi praticado nos autos dos embargos à execução fiscal - e não nesta ação de restauração -, razão pela qual a multa aplicada é sobre o valor atribuído àquela causa.

Assim, deve ser mantida a retificação do valor da causa.

Da multa por litigância de má-fé

O art. 718 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que, na ação de restauração, quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e pelos honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil em que incorrer:

“Art. 718. Quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e pelos honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer.”

E os arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil de 2015 elencam os comportamentos considerados litigância de má-fé e autoriza a aplicação da multa de 1 a 10% sobre o valor da causa de ofício:

“Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.”

No caso dos autos, narra a autora que seu advogado fez uma primeira carga dos autos em 23/04/2018 para providenciar cópias dos autos para manter em seus arquivos e, posteriormente, em 12/06/2018, foi feita nova carga dos autos (id. 10842906) após intimação do juízo acerca de uma decisão proferida. Em 21/06/2018, a autora protocolou a presente restauração de autos.

E, intimada para esclarecer como exatamente ocorreu a perda dos autos, a autora não soube precisar o ocorrido, porém afirmou que *“possivelmente - os autos, por equívoco, foram descartados pela empresa terceirizada responsável pela limpeza dos ambientes da Companhia. 5. Veja-se que a Peticionária está levantando mera hipótese, haja vista desconhecer o paradeiro dos autos, sendo que qualquer outra causa para o desaparecimento pode ter ocorrido”* (id. 10842901).

Pois bem, é certo que, ao realizar carga dos autos, o advogado assume a responsabilidade pela guarda e integridade dos autos, devendo agir com máxima diligência.

Porém, por mais que as circunstâncias em que desapareceram os autos sejam *incomuns* e a possibilidade aventada pela autora no sentido de que a empresa terceirizada de limpeza tenha descartado os autos – compostos por vários volumes – seja inverossímil, não há nos autos prova de qualquer conduta da autora que pudesse ser considerada temerária.

Os comportamentos de não acompanhar e vigiar os autos ou de não evitar que as empresas terceirizadas tenham acesso aos autos e possam descartá-los sem autorização dos responsáveis, embora evidenciem certa negligência dos advogados envolvidos, não se mostram suficientes à imposição da multa.

Assim, a sentença deve ser reformada apenas para afastar a multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

Dispositivo

Ante o exposto, **dou parcial** provimento à apelação da autora para afastar a multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

É como voto.

E M E N T A

PROCESSO CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. VALOR DA CAUSA CORRESPONDENTE AO DA AÇÃO RESTAURADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PERDA DOS AUTOS. NEGLIGÊNCIA DOS ADVOGADOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TEMERÁRIA.

1. O art. 292, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 autoriza a retificação do valor da causa pelo juízo de ofício.

2. É verdade que o art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 exige prévia intimação das partes antes da apreciação das questões que pode decidir de ofício. Porém, é certo que esse Código também valoriza os princípios da economia e da celeridade processual e da instrumentalidade das formas, buscando evitar diligências inúteis e formalismos processuais cuja inexistência não traga prejuízo às partes, consoante o princípio do *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), e favorecer o julgamento de mérito. No caso dos autos, não há prejuízo, tampouco decisão surpresa, pois o valor da causa em que praticado o suposto ato de litigância de má-fé já era conhecido pelas partes. Assim, não há motivo para anular a sentença apenas para que as partes se manifestem em primeiro grau, sendo que neste momento processual as partes já se manifestaram sobre a questão e o mérito pode ser apreciado desde logo por este Tribunal.

3. O valor da causa da restauração de autos corresponde ao valor da causa do processo que está sendo restaurado. Porém, ainda que se acolhesse a tese da apelante no sentido de que a ação de restauração de autos não possui valor da causa ou este não corresponde ao valor da causa dos autos que está sendo restaurada, não ensejaria a alteração da base de cálculo sobre a qual se calcularia a multa por litigância de má-fé, pois o ato de litigância de má-fé foi praticado nos autos dos embargos à execução fiscal - e não nesta ação de restauração -, razão pela qual a multa aplicada é sobre o valor atribuído àquela causa. Assim, deve ser mantida a retificação do valor da causa.

4. O art. 718 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que, na ação de restauração, quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e pelos honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil em que incorrer. E os arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil de 2015 elencam os comportamentos considerados litigância de má-fé e autoriza a aplicação da multa de 1 a 10% sobre o valor da causa de ofício. É certo que, ao realizar carga dos autos, o advogado assume a responsabilidade pela guarda e integridade dos autos, devendo agir com máxima diligência. Porém, por mais que as circunstâncias em que desapareceram os autos sejam *incomuns* e a possibilidade aventada pela autora no sentido de que a empresa terceirizada de limpeza tenha descartado os autos – compostos por vários volumes – seja inverossímil, não há nos autos prova de qualquer conduta da autora que pudesse ser considerada temerária. Os comportamentos de não acompanhar e vigiar os autos ou de não evitar que as empresas terceirizadas tenham acesso aos autos e possam descartá-los sem autorização dos responsáveis, embora evidenciem certa negligência dos advogados envolvidos, não se mostram suficiente à imposição da multa. Assim, a sentença deve ser reformada apenas para afastar a multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

5. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da autora para afastar a multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003069-45.2018.4.03.6000

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO RIBEIRO MENDES MARTINS - MS6905-A

APELADO: ANALICIA ORTEGA HARTZ
Advogado do(a) APELADO: VANDERLEI GIACOMELLI JUNIOR - SP117983-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003069-45.2018.4.03.6000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO RIBEIRO MENDES MARTINS - MS6905-A
APELADO: ANALICIA ORTEGA HARTZ
Advogado do(a) APELADO: VANDERLEI GIACOMELLI JUNIOR - SP117983-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de Apelação interposta pela União contra sentença proferida nos seguintes termos:

Diante do exposto: 1) - na forma do art. 485, VIII, do NCPC homologo o pedido de desistência da ação no tocante ao pedido de ajuda de custo; 2) - julgo parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar diárias à autora, cada qual no valor de 1/30 dos vencimentos, período de 5 de dezembro de 2008 a 19 de abril de 2009, corrigida a partir da data a que se refere cada parcela, de acordo com o novo Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134 do CJF, de 21/12/2010, alterada pela Resolução nº 267, de 2 de dezembro de 2013, ambas do Conselho da Justiça Federal, acrescida de juros de mora a partir de então, também de acordo com os índices ali fixados, devendo, no entanto, serem abatidos os dias nos quais a autora recebeu diárias; 2.1) - condeno a ré a pagar honorários ao advogado da autora, no valor equivalente a 10% sobre o valor do montante encontrado no item 2, ao tempo em que, na forma do parágrafo único do art. 86 do CPC deixo de condenar a autora a pagar honorários à ré, por considerar que a sucumbência de sua parte foi mínima; 2.2.) - condeno a ré a reembolsar as custas processuais adiantadas pela autora. Isentos das remanescentes. P.R.I.

Em suas razões recursais, a União requer a reforma da sentença, pelos seguintes argumentos:

a) descabimento do pagamento de diárias, pois a autora iniciou o exercício do cargo na Procuradoria Regional em Cuiabá/MT, não havendo deslocamento eventual para prestação de serviços fora da sede, conforme preconiza o art. 227, II, da Lei Complementar nº 75/93. Apesar de ter sido nomeada para PRM/Sinop, a posse e o efetivo exercício inicial das funções no cargo se deram na PR/MT, na cidade de Cuiabá. A posse em Cuiabá não pode ser interpretada como deslocamento eventual e transitório;

b) não se trata de sucumbência mínima, mas de desistência parcial quanto a uma das pretensões (ajuda de custo), devendo ser aplicado o disposto no art. 90, §1º, do CPC/15, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios;

c) impossibilidade de fixação dos honorários no percentual mínimo, por ser a sentença ilícida (art. 85, §4º, II, CPC).

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Federal.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003069-45.2018.4.03.6000

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: EDUARDO RIBEIRO MENDES MARTINS - MS6905-A

APELADO: ANALICIA ORTEGA HARTZ

Advogado do(a) APELADO: VANDERLEI GIACOMELLI JUNIOR - SP117983-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de ação em que a autora, servidora pública federal, membro da carreira do Ministério Público Federal, pede a condenação da União ao pagamento de ajuda de custo e diárias, no período de 05.12.2008 a 19.04.2009, nos termos do art. 227 da LC 75/93.

Narra a autora que tomou posse no cargo de Procuradora da República em 08.12.2008, ocasião em que foi lotada em Sinop/MT; que participou de curso de formação em Brasília no período de 03 a 14.12.2008; que exerceu suas funções entre 15.12.2008 a 19.04.2009 em Cuiabá/MT, pois a unidade em que fora lotada (Sinop/MT) ainda não estava instalada.

Informa que, após o ajuizamento da ação, a União reconheceu o direito da autora à ajuda de custo, deferindo o pedido na via administrativa, tendo a autora formulado pedido de desistência da ação quanto ao ponto, a União concordado com o pedido de desistência e o juiz homologado a desistência.

Do pagamento de diária para Procurador da República

Quanto ao pedido de pagamento de diárias, o pedido foi julgado procedente, pelos seguintes fundamentos:

Os documentos oferecidos com a inicial demonstram que a autora residia em Porto Alegre, RS, quando aprovada para o concurso destinado ao preenchimento do cargo de Procuradora da República.

Sucedeu que a unidade para na qual foi designada (Sinop/MT) ainda não estava implantada, pelo que o início das atividades profissionais deu-se em Cuiabá/MT.

Como se vê - diversamente do que sustenta a ré - a lotação da autora deu-se para Sinop, MT. O exercício das atividades em Cuiabá, MT ocorreu de forma precária e provisória, tanto que poucos meses depois a autora teve que seguir seu destino.

Nessa situação de provisoriedade e de expectativa de breve mudança, obviamente que a agente não fixou residência em Cuiabá decorrendo daí a conclusão de que teve ela de arcar com despesas extraordinárias, as quais devem ser remuneradas pela administração pública a título de diárias.

Pouco importa se durante o período em que esteve na capital matogrossense (dezembro/2008 a abril/2009, f. 40) ela recebeu diárias para atuar em Sinop/MT. Se isto ocorreu é porque a administração não lhe pagava diárias em Cuiabá.

Em suma, entendo o art. 227, II, da Lei Complementar nº 75/93 dá respaldo à pretensão, porquanto, repita-se, a sede para efeitos da referida norma era Sinop, MT.

O art. 227 da Lei Complementar 75/93 assegura ao membro do MPF o recebimento de diárias, por serviço eventual fora da sede:

Art. 227. Os membros do Ministério Público da União farão jus, ainda, às seguintes vantagens:

(...)

II - diárias, por serviço eventual fora da sede, de valor mínimo equivalente a um trinta avos dos vencimentos para atender às despesas de locomoção, alimentação e pousada;

No caso em tela, a autora tomou posse no cargo de Procuradora da República e foi lotada inicialmente em Sinop/MT. Contudo, considerando que a unidade do MPF de Sinop ainda não estava instalada, a autora teve que exercer suas funções em outra localidade, no caso Cuiabá/MT.

Ao contrário do alegado pela União, o exercício das funções ocorreu na cidade de Cuiabá de forma eventual e transitória, uma vez que sua lotação era na cidade de Sinop/MT.

Dessa forma, tendo o membro do MPF exercido seu ofício em unidade distinta da que foi originalmente lotado, ou seja, considerada a necessidade de deslocamento de sua lotação originária (Sinop/MT) para Cuiabá/MT, faz jus ao recebimento de diárias, nos termos do artigo 227, II, da LC 75/93.

Da atualização judicial do débito

No que tange à correção monetária e aos juros de mora, adoto o entendimento no sentido de que, sobrevindo nova lei que altere os respectivos critérios, a nova disciplina legal tem aplicação imediata, inclusive aos processos já em curso.

Contudo, essa aplicação não tem efeito retroativo, ou seja, não alcança o período de tempo anterior à lei nova, que permanece regido pela lei então vigente, nos termos do que foi decidido pelo STJ no REsp n. 1205946/SP, DJE 02/02/2012.

Assim, as parcelas em atraso devem ser acrescidas de juros moratórios, incidentes desde a citação, e atualizadas monetariamente da seguinte forma:

a) até a MP n. 2.180-35/2001, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97, deve incidir correção monetária, desde os respectivos vencimentos, pela variação dos indexadores previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora à razão de 1% ao mês;

b) a partir da MP n. 2.180-35/2001 e até a edição da Lei n. 11.960/2009 deve incidir correção monetária, desde os respectivos vencimentos, pela variação dos indexadores previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora à razão de 0,5% ao mês;

c) a partir de 01/07/2009, nos casos de condenação da Fazenda Pública oriunda de relação jurídica não-tributária, adoto o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE 870.947, recurso em que se reconheceu repercussão geral, declarou a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que alude à fixação de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, porém, na parte em que disciplina a atualização monetária, reconheceu sua inconstitucionalidade por ser inadequada a capturar a variação de preços da economia, aplicando, portanto, o índice IPCA-E, previsto no Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal e que melhor reflete a inflação acumulada no período.

Logo, não há se falar em aplicação do índice de correção da poupança, diante da repercussão geral reconhecida no julgamento do RE 870.947, consoante acima especificado.

Desta sorte, os juros moratórios deverão incidir no percentual: a) de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da MP n. 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960, publicada em 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97; e b) estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n. 11.960/2009, cuja vigência teve início em 30/06/2009.

Sendo assim, quanto a esse tema, modifico, de ofício, a sentença .

Da verba honorária

No tocante aos honorários de sucumbência, o juiz sentenciante condenou a ré a pagar honorários ao advogado da autora, no valor equivalente a 10% sobre o valor da condenação (diárias devidas), deixando de condenar a autora a pagar honorários à ré, por considerar que a sucumbência da autora de sua parte foi mínima, na forma do parágrafo único do art. 86 do CPC.

Apela a União sustentando a inocorrência de sucumbência mínima, mas sim a ocorrência de desistência parcial quanto a uma das pretensões (ajuda de custo), devendo ser aplicado o disposto no art. 90, §1º, do CPC/15, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios.

Assiste razão à União ao pedir o afastamento da sucumbência mínima.

A parte autora postulou a condenação da União “ao pagamento de ajuda de custo no período de 5 de dezembro de 2008 a 19 de abril de 2009, em valor correspondente a um trinta avos dos vencimentos, bem como diárias do mesmo período, no valor equivalente a um trinta avos dos vencimentos, para atender às despesas de locomoção, alimentação e pousada” (fl. 12).

Destarte, a parte autora formulou dois pedidos (ajuda de custo e diárias), cada qual no valor equivalente a um trinta avos dos vencimentos pelo mesmo período, obtido provimento com relação a um dos pedidos (diárias), e sido homologado pedido de desistência da ação quanto ao pedido de ajuda de custo (art. 485, VIII, do CPC).

Assim, é de ser aplicado o disposto no art. 90, §1º, do CPC, que determina que “sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu”.

Apela ainda União sustentando a impossibilidade de fixação dos honorários no percentual mínimo, por ser a sentença líquida, postulando assim que o percentual seja fixado somente no momento da liquidação do julgado, a teor do art. 85, §4º, II, CPC.

Não procede a alegação.

Em relação à verba de sucumbência, o art. 85 do Código de Processo Civil/2015 é claro ao estabelecer que a sentença deverá condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

A fixação da verba honorária deve observar o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve se responsabilizar pelas despesas dele decorrente.

Ademais, a condenação em honorários advocatícios e despesas processuais é consequência da sucumbência. Com efeito, cabe ao Juiz a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil/73 (art. 85 do CPC/2015). Esse é o entendimento jurisprudencial, conforme anota Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed. Saraiva, 38a ed., nota 27 ao citado artigo 20 do CPC/73:

O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineados na lei processual (art. 20, 3º, do CPC); e sua fixação é ato do juiz e não pode ser objeto de convenção das partes (RT 509/169). No mesmo sentido, quanto à impossibilidade de fixação do valor dos honorários advocatícios pelas partes: RT 828/254.

O Código de Processo Civil/2015 ainda estabelece que os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou ainda, sobre o valor atualizado da causa, observado o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 2º do artigo 85).

Nos casos em que a Fazenda Pública for parte, a fixação de honorários deverá obedecer às regras previstas no art. 85, §3º e incisos do CPC/15, os quais estabelecem limites percentuais que variam de acordo com o valor da condenação, do proveito econômico, ou ainda, o valor atualizado da causa (§4º, III).

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

No caso dos autos, considerando que na petição inicial a parte autora atribuiu à causa o valor de R\$ 50.000,00; que a ajuda de custo pretendida equivalia ao valor correspondente a um trinta avos dos vencimentos, do período de 05.12.2008 a 19.04.2009; bem como que o pedido foi acolhido em parte, para reconhecer o direito à percepção de diárias no valor equivalente a um trinta avos dos vencimentos, no mesmo período, notar-se-á facilmente que o proveito econômico não extrapola o limite de 200 (duzentos) salários mínimos.

Dessa forma, correta a sentença do juízo de primeira instância que fixou os honorários da União em 10% sobre o valor da condenação, em atenção ao disposto no artigo 86, parágrafo único, do CPC/2015, bem como aos critérios estipulados nos incisos I a IV do § 2º e no inciso I do § 3º do mesmo dispositivo legal, e aos princípios da causalidade e proporcionalidade, considerando, ainda, o tempo decorrido desde o ajuizamento, bem como que a solução da lide não envolveu grande complexidade e sopesados no caso em tela o zelo do patrono de cada parte, o valor original da ação e a natureza da demanda.

Registre-se que o inciso II do §4º do artigo 85 do Código de Processo Civil traz a solução quando a Fazenda Pública for parte e a sentença não for líquida, ou seja, quando não houver nenhum elemento para se aferir o valor da condenação, o que não é o caso em tela.

Por fim, considerando que a ajuda de custo pretendida pelo autor equivalia ao “valor correspondente a um trinta avos dos vencimentos, pelos dias em que perdurar o serviço”, de 05.12.2008 a 19.04.2009, bem como o valor do contracheque da época, valor esse que não ultrapassa 200 salários mínimos, condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios em favor da União, no montante de 10% sobre o valor da ajuda de custo pretendida, devidamente atualizado, nos termos dos arts. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

Custas ex lege.

Dispositivo

Ante o exposto, **dou parcial provimento** à apelação da União, para condenar o autor ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO DE DIÁRIAS. MEMBRO DO MPF. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCOS. APELAÇÃO DESPROVIDA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Apelação interposta pela União contra sentença que homologou o pedido de desistência da ação no tocante ao pedido de ajuda de custo e julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar diárias à autora, cada qual no valor de 1/30 dos vencimentos, período de 5 de dezembro de 2008 a 19 de abril de 2009, corrigida a partir da data a que se refere cada parcela, de acordo com o novo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Condenada a ré a pagar honorários ao advogado da autora, no valor equivalente a 10% sobre o valor da condenação.
2. O art. 227 da Lei Complementar 75/93 assegura ao membro do MPF o recebimento de diárias, por serviço eventual fora da sede.
3. No caso em tela, a autora tomou posse no cargo de Procuradora da República e foi lotada inicialmente em Sinop/MT. Contudo, considerando que a unidade do MPF de Sinop ainda não estava instalada, a autora teve que exercer suas funções em outra localidade, no caso Cuiabá/MT. Ao contrário do alegado pela União, o exercício das funções ocorreu na cidade de Cuiabá de forma eventual e transitória, uma vez que sua lotação era na cidade de Sinop/MT.
4. Tendo o membro do MPF exercido seu ofício em unidade distinta da que foi originalmente lotado, ou seja, considerada a necessidade de deslocamento de sua lotação originária (Sinop/MT) para Cuiabá/MT, faz jus ao recebimento de diárias, nos termos do artigo 227, II, da LC 75/93.
5. Alterada a forma de atualização do débito: a partir de 01/07/2009, nos casos de condenação da Fazenda Pública oriunda de relação jurídica não-tributária, adota-se o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE 870.947, recurso em que se reconheceu repercussão geral, declarou a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, no que alude à fixação de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, porém, na parte em que disciplina a atualização monetária, reconheceu sua inconstitucionalidade por ser inadequada a capturar a variação de preços da economia, aplicando, portanto, o índice IPCA-E, previsto no Manual de Orientação de Cálculos da Justiça Federal e que melhor reflete a inflação acumulada no período.
6. A parte autora formulou dois pedidos (ajuda de custo e diárias), cada qual no valor equivalente a um trinta avos dos vencimentos pelo mesmo período, obtido provimento com relação a um dos pedidos (diárias), e sido homologado pedido de desistência da ação quanto ao pedido de ajuda de custo (art. 485, VIII, do CPC). Aplicação do disposto no art. 90, §1º, do CPC.
7. A fixação da verba honorária deve observar o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve se responsabilizar pelas despesas dele decorrente.
8. Quando a Fazenda Pública for parte, a fixação de honorários deverá obedecer às regras previstas no art. 85, §3º e incisos do CPC/15, os quais estabelecem limites percentuais que variam de acordo com o valor da condenação, do proveito econômico, ou ainda, o valor atualizado da causa (§4º, III).
9. Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da União para condenar o autor ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CIVEL(198) Nº 5001187-16.2018.4.03.6140

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

APELANTE: NATIVIDADE DE SOUZA MOREIRA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A, JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A

APELADO: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: TATIANA RODRIGUES DA SILVA LUPIAO - SP241087-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CIVEL(198) Nº 5001187-16.2018.4.03.6140

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

APELANTE: NATIVIDADE DE SOUZA MOREIRA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A, JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A

APELADO: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: TATIANA RODRIGUES DA SILVA LUPIAO - SP241087-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Apelação interposta pela parte autora, NATIVIDADE DE SOUZA MOREIRA, sucessora do ex-ferroviário PAULO MOREIRA (falecido), que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito em relação a CPTM, com fulcro no art. 485, VI do CPC e improcedente pedido de pagamento das diferenças de complementação de aposentadoria de ex-ferroviário mais a Gratificação de Adicional de Tempo de Serviço, considerada a paridade com os funcionários da ativa da CPTM a partir de 06.2007, nos termos da Lei n. 10.839/2004 e atualizações. Condenada a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade da justiça.

Em suas razões recursais (fls. 466/478 – ID 7981801), a parte autora repisa a inicial e aduz que:

- o pedido de pagamento das diferenças de Complementação de aposentadoria mais a Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço tem como base jurídica as leis federais n. 8186/1991 e 10.478/2002, que asseguram aos ferroviários a paridade entre ativos e inativos;
- o ex-ferroviário aposentou-se na RFFSA no cargo de maquinista e, de acordo com as sucessões ocorridas, deveria perceber a complementação de aposentadoria com base no salário atualizado do mesmo cargo junto a CPTM;
- que desde 06.2007, o INSS vem pagando o benefício de acordo com a tabela salarial da RFFSA, empresa já extinta, não existindo funcionários na ativa para servirem de paradigma, o que somente pode ser encontrado junto à CPTM, empresa que assumiu todo o acervo patrimonial da extinta Rede Ferroviária Federal S/A e a qual se encontra em plena atividade.

Com contrarrazões (fls. 481/493, 496/506-v – IDs 7981802 e 7981803), os autos subiram a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001187-16.2018.4.03.6140

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

APELANTE: NATIVIDADE DE SOUZA MOREIRA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A, JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A

APELADO: COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: TATIANA RODRIGUES DA SILVA LUPIAO - SP241087-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Tempestivo o recurso, dele conhecido e o recebo em seus regulares efeitos.

Da complementação de aposentadoria de ex-ferroviário da RFFSA

Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento do direito à complementação de aposentadoria de ex-ferroviário, vale dizer, da diferença entre os proventos recebidos do INSS e a remuneração total percebida por empregado de cargo equivalente da ativa, tendo como paradigma os funcionários da CPTM.

Aduz a parte autora, em síntese, que mesmo após a extinção da RFFSA pela Lei n. 11.483/2007, o INSS, além de pagar somente a complementação de aposentadoria, vem calculando o benefício de acordo com a tabela salarial da RFFSA, quando deveria ter como parâmetro para a implementação da paridade entre ativos e inativos a tabela aplicada aos funcionários da CPTM.

O demandante é inativo da extinta RFFSA, cujas admissão e aposentação deram-se nas seguintes datas:

- admissão em 18.07.1969

- aposentado em 15.08.1991

A Lei n. 8.186/1991 estendeu aos ferroviários admitidos na Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) até 31 de outubro de 1969, sob qualquer regime, o direito à complementação da aposentadoria instituída no Decreto-lei n. 956/1969. É essa a redação dos artigos 1º e 2º:

(...)

Art. 1º - É garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969 na Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, constituída ex-vi da Lei 3.115 de 16 de maio de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias.

Art. 2º Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

Parágrafo único. O reajustamento do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles.

(...)(G.N)

Posteriormente, os seus efeitos foram estendidos pela Lei n. 10.478, de 28 de junho de 2002, aos ferroviários que tivessem ingressado na RFFSA até 21 de maio de 1991:

(...)

Art. 1º. Fica estendido, a partir do dia 1º de abril de 2002, aos ferroviários admitidos até 21 de maio de 1991 pela Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, em liquidação, constituída ex vi da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias, o direito à complementação de aposentadoria na forma do disposto na Lei nº 8.186, de 21 de maio de 1991.

(...)

O direito à complementação de aposentadoria para fins de paridade de vencimentos entre o trabalhador aposentado e o da ativa é matéria pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não merecendo maiores digressões a respeito. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FERROVIÁRIO. EXTINTA RFFSA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EQUIPARAÇÃO DOS SERVIDORES DA ATIVA. LEI 8.186/91. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A EQUIPARAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO QUE DECIDE A LIDE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COLACIONADO AOS AUTOS. 1. Trata-se, na origem, de ação ordinária de cobrança, objetivando a complementação do valor da aposentadoria devida aos empregados admitidos até 1991, com base nas Leis 8.186/91 e 10.478/02, em equiparação aos empregados da RFFSA e suas subsidiárias. 2. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535 do CPC/1973, o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a questão trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte. 3. O Tribunal de origem consignou que "dos documentos colacionados aos autos, vê-se que o Autor não logrou comprovar que, apesar de ter exercido o mesmo cargo e estar no mesmo nível do paradigma indicado, faria jus às mesmas verbas (vantagens pessoais, horas extras incorporadas, passivo trabalhista e cargo de confiança, dentre outras), que diferenciam a remuneração percebida" (fl. 383, e-STJ). 4. Dessa feita, à margem do alegado pelo recorrente, rever o entendimento da Corte local, no sentido de que não se constata diferença que deva ser paga à autora a título de complementação de aposentadoria, somente seria possível por meio do reexame do acervo fático-probatório existente nos autos, o que não se permite em Recurso Especial. Assim, a análise dessa questão demanda o reexame de provas, o que é inadmissível ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (RESP n. 1613976/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 23/08/2016, DJE 13/09/2016).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FERROVIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EX-FERROVIÁRIOS. RFFSA. EQUIPARAÇÃO DOS PROVENTOS COM A REMUNERAÇÃO DO PESSOAL EM ATIVIDADE. VALEC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA DISPARIDADE. 1. É entendimento assente no STJ que a União é parte legítima para figurar no polo passivo das demandas sobre complementação de aposentadoria dos ex-ferroviários da RFFSA, pois cabe a ela com exclusividade adimplir o mandamento legal. 2. O STJ pacificou seu entendimento, após o julgamento do REsp 1.211.676/RN, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, sob o rito dos Recursos Repetitivos, no sentido de que o art. 5º da Lei 8.186/1991 estende aos pensionistas dos ex-ferroviários admitidos na Rede Ferroviária Federal S/A até 31.10.1969 o direito à complementação de pensão, de acordo com as disposições do art. 2º, parágrafo único, que, por sua vez, expressamente assegura a permanente igualdade de valores entre ativos e inativos. 3. Contudo o caso sub judice é diverso. O Tribunal regional ao decidir a lide, apreciando as questões fáticas e de direito, consignou que não existe disparidade entre os proventos de aposentadoria recebidos pelo recorrente e a remuneração dos empregados da Valec ocupantes do mesmo cargo do servidor. Ressaltou, contudo, que poderá ocorrer diferença entre os valores recebidos por alguns servidores da empresa substituta e o recorrente, devido à incorporação, por parte destes, de vantagens de caráter pessoal, como as decorrentes de incorporação de função de confiança e recebimento de passivos trabalhistas. 4. O Tribunal regional consignou: "Embora, a princípio, não pareça haver paridade entre os proventos totais recebidos pela parte autora e a remuneração do ferroviário de cargo equivalente integrante do quadro especial da VALEC indicado como paradigma, o contracheque constante do E16-0UT2 evidencia que a disparidade remuneratória se deve ao recebimento de vantagens de caráter pessoal, decorrentes de incorporação de função de confiança e recebimento de passivos trabalhistas. Por outro lado, há, no quadro especial da VALEC relativo aos ferroviários da extinta RFFSA, empregados ocupantes do mesmo cargo do servidor indicado como paradigma com remuneração consideravelmente menor". 5. Como muito bem demonstrado pelo acórdão recorrido, não se pode considerar a remuneração de um ferroviário individualmente considerado, mas a do cargo correspondente ao do pessoal em atividade. Ou seja, não é a remuneração do paradigma indicado pela parte autora que servirá de base, mas a do pessoal em atividade, abstratamente considerado. 6. Recurso Especial não provido. (RESP n. 1598149/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 21/06/2016, DJE 06/09/2016).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FERROVIÁRIO S. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEIS N. 8.168/91 E 10.478/2002. BENEFÍCIO ESTENDIDO AOS FERROVIÁRIOS ADMITIDOS ATÉ 21/5/91. REQUISITOS IMPLEMENTADOS. I - A Lei n. 8.168/91 expressamente garantiu aos ferroviários admitidos até 31/10/69 o direito à complementação de aposentadoria. Com o advento da Lei n. 10.478/2002, o benefício foi estendido aos ferroviários admitidos pela Rede Ferroviária Federal S.A até 21/5/91. II - A condição exigida - de ferroviário - deve estar preenchida imediatamente antes de aposentar-se perante o INSS, o que ocorreu no caso em apreço, uma vez que a postulante não exerceu qualquer atividade no ínfimo intervalo entre o seu desligamento - em 13/12/99 - e a sua efetiva aposentadoria em 17/1/2000. III - Agravo regimental improvido. (AgRg no RESP n. 734675/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, 6ª Turma, j. 19/08/2014, DJE 02/09/2014).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TESE DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1.º, 5.º E 6.º, DA LEI N.º 8.186/91. NÃO-OCORRÊNCIA. RFFSA. FERROVIÁRIOS. LEI N.º 8.186/91. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI N.º 10.478/02. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO HOSTILIZADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 283 DO EXCELSO PRETÓRIO. 1. O fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, superveniente à propositura da ação deve ser levado em consideração, de ofício ou a requerimento das partes, pelo julgador, uma vez que a lide deve ser composta como ela se apresenta no momento da entrega da prestação jurisdicional. Precedentes. 2. O advento da Lei n.º 10.478, de 28 de junho de 2002, que dispôs sobre a complementação de aposentadorias de ferroviários da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, configura fato superveniente relevante para o julgamento da presente lide. 3. Nos termos do Decreto-Lei n.º 956/69, os ferroviários que se aposentaram antes de sua vigência têm direito à complementação de proventos. 4. A Lei n.º 8.168, de 21/05/91, garantiu, expressamente, o direito à complementação de aposentadoria aos ferroviários admitidos até 31/10/69 na Rede Ferroviária Federal, inclusive para os optantes pelo regime celetista. 5. O benefício em questão foi estendido pela Lei n.º 10.478/02 a todos os ferroviários admitidos até 21/05/91 pela Rede Ferroviária Federal S.A. (...). 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (RESP n. 540839/PR, Relatora Ministra LAURITA VAZ, 5ª Turma, j. 10/04/2007, DJU 14/05/2007, p. 366).

Tem direito a apelante, portanto, à complementação de sua aposentadoria, conforme pacificado entendimento jurisprudencial supracitado.

Atente-se, todavia, que tal complementação deve observar as normas do artigo 27 da Lei n. 11.483/2007 (lei que extinguiu a RFFSA), e do artigo 118 da Lei n. 10.233/2001, respectivamente:

(...)

Art. 27. A partir do momento em que não houver mais integrantes no quadro de pessoal especial de que trata a alínea a do inciso I do caput do art. 17 desta Lei, em virtude de desligamento por demissão, dispensa, aposentadoria ou falecimento do último empregado ativo oriundo da extinta RFFSA, os valores previstos nos respectivo plano de cargos e salários passarão a ser reajustados pelos mesmos índices e com a mesma periodicidade que os benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, continuando a servir de referência para a paridade de remuneração prevista na legislação citada nos incisos I e II do caput do art. 118 da Lei n° 10.233, de 5 de junho de 2001.

(...)

Art. 118. Ficam transferidas da extinta RFFSA para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

I- a gestão da complementação de aposentadoria instituída pelas Leis n°s 8.186, de 21 de maio de 1991.

[...]

§1º. A paridade de remuneração prevista na legislação citada nos incisos I e II terá como referência os valores remuneratórios percebidos pelos empregados da RFFSA que vierem a ser absorvidos pela ANTT, conforme estabelece o art. 114.

(...)

Curial destacar, também, que a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM foi criada, pelo [Governo do Estado de São Paulo](#), por meio da Lei nº 7.861, de 28.05.1992, de para assumir os sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, operados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU e pela Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, de forma a assegurar a continuidade e a melhoria dos serviços:

Artigo 1.º - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista, sob a denominação de Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, para o fim especial de explorar os serviços de transporte de passageiros, sobre trilhos ou guiados, nas entidades regionais do Estado de São Paulo, compreendendo as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, na forma do Artigo 158 da Constituição do Estado do de São Paulo.

(...)

Artigo 12 - A CPTM deverá assumir os sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, operados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU e pela Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, de forma a assegurar a continuidade e a melhoria dos serviços, para isso podendo efetuar os necessários acordos operacionais.

Parágrafo único - Para o cumprimento do disposto neste artigo, a CPTM poderá celebrar contratos de prestação de serviços, gerenciamento de bens, ou quaisquer serviços de transporte de passageiros sobre trilhos ou guiados, de outras empresas ligadas ao sistema de transporte de passageiros na Região Metropolitana de São Paulo.

A CBTU - Companhia Brasileira de Trens Urbanos (Lei n. 8.693/93), por sua vez, surgiu da alteração da denominação Empresa de Engenharia Ferroviária S.A. - ENGEFER, mantendo-se como subsidiária da RFFSA, bem como absorveu em sucessão trabalhista, o pessoal da RFFSA aplicado em transporte ferroviário suburbano, de acordo como Decreto-Lei n. 89.396 de 22.02.1984:

Art. 1º. Fica a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA autorizada a alterar seu objeto social e bem assim a denominação e o objeto social da Empresa de Engenharia Ferroviária S.A. - ENGEFER, autorizada a constituir-se pelo Decreto n° 74.242, de 28 de junho de 1974, mantida a condição de subsidiária.

Art. 2º. As atividades que vem constituindo o objeto social da RFFSA, enumeradas no parágrafo 2º deste artigo, serão absorvidas pela nova Companhia.

§ 1º A ENGEFER passará a denominar-se Companhia Brasileira de Trens Urbanos.

(...)

§ 3º A Companhia Brasileira de Trens Urbanos absorverá, em sucessão trabalhista, o pessoal da RFFSA aplicado em transporte ferroviário suburbano.

É de se destacar que a CPTM, empresa do estado de São Paulo, assumiu a operação dos sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, antes de responsabilidade da CBTU, mas não a sucedeu integralmente.

Na hipótese, o ex-ferroviário foi admitido (em 18.07.1969) e aposentou-se antes mesmo da criação da CPTM, ainda como funcionário da RFFSA (15.08.1991), esta última extinta em 2007.

Logo, não há falar em paridade com os funcionários da CPTM após 06.2007, como pretende a parte autora, seja porque a aposentação deu-se antes mesmo da criação da CPTM, empresa que se quer ter como paradigma, seja por expressa determinação legal da própria Lei 11.483/07.

Frise-se que é incontroverso o direito do autor à complementação da aposentadoria, entretanto, não faz jus à paridade com os funcionários da ativa da CPTM, porquanto não estava a ela vinculado quando da sua aposentadoria.

No sentido da impossibilidade de se ter a CPTM como paradigma em relação aos inativos da RFFSA são os precedentes desta C. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INGRESSO DA CPTM. DESNECESSIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. COMPLEMENTAÇÃO, TENDO COMO PARÂMETRO O ÚLTIMO VENCIMENTO NA ATIVA NA CPTM. DECRETO N. 956/69. LEIS 8.186/91 E 10.478/02. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 37. SUCUMBÊNCIA. GRATUIDADE.

- Despiendo o ingresso da CPTM à lide, pois não suporta os efeitos legais de eventual condenação.

- Preliminar levantada pelo INSS rejeitada, haja vista a compreensão jurisprudencial quanto à legitimidade tanto da União quanto do INSS nas demandas afetas à complementação previdenciária de ex-ferroviário.

- O autor sustenta o direito à complementação de sua aposentadoria com base na tabela salarial dos ferroviários ativos da CPTM, especialmente da remuneração do cargo de agente de conservação de via, acrescida dos amênios.

- Como ex-ferroviário, recebe aposentadoria à conta do Regime Geral da Previdência Social e complementação dos proventos a cargo da União, de modo a manter a equivalência salarial com os funcionários da ativa da extinta RFFSA, na forma das Leis nº 8.186/1991 e 10.478/2002.

- O Decreto-lei nº 956, de 13 de outubro de 1969, garantia o direito adquirido dos ferroviários já aposentados à complementação de aposentadoria. Em 21/05/91, foi editada a Lei nº 8.168, que estendeu a complementação da aposentadoria aos ferroviários admitidos até 31/10/69, inclusive aos optantes do regime celetista.

- Tanto os ferroviários que se aposentaram até a edição do Decreto-lei 956/69, quanto os que foram admitidos até outubro de 1969, em face da referida Lei n. 8.186/91, sob qualquer regime, tem direito à complementação da aposentadoria de que cuida o Decreto-lei 956/69.

- Nota-se que o artigo 1º da lei em comento reconheceu o direito à complementação na forma da Lei 8.186/91, a qual, em seu artigo 2º, dispôs que tal parcela seria constituída pela diferença entre o provento da aposentadoria paga pelo INSS e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias.

- A pretensão da parte autora não encontra guarida, pois a RFFSA - Rede Ferroviária Federal S.A., embora tenha sofrido todas as transformações relatadas, não pode ser confundida com a CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, não servindo esta de paradigma para fins de paridade entre ativos e inativos da primeira. Ressalte-se que os critérios para fins de complementação dos proventos foram disciplinados no artigo 118 da Lei n. 10.233/2001.

- Não há paradigma entre os funcionários da CPTM e os inativos da extinta RFFSA, por expressa determinação legal. Precedentes.

- É o teor da Súmula Vinculante nº 37: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento da isonomia".

- Em virtude da sucumbência, condena-se a parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa corrigido, proporcionalmente repartidos a cada ente, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC. Porém, suspensa a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do referido código, por ser beneficiária da justiça gratuita, ora convalidada.

- Apelos do INSS e da UNIÃO conhecidos e providos.

- Apelo do autor prejudicado.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0006208-71.2016.4.03.6126, Rel. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 09/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/05/2019)

FERROVIÁRIO EMPREGADO DA EXTINTA RFFSA - EMPRESA SUBSIDIÁRIA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - PARADIGMA - CPTM - IMPOSSIBILIDADE.

1. A complementação está garantida aos ferroviários da extinta RFFSA, com base na remuneração paga por aquela empresa.

2. Embora admitido na RFFSA em 1.984, o autor passou a integrar o quadro de pessoal da CPTM, empresa vinculada ao Governo do Estado de São Paulo.

3. Não há previsão legal para a complementação da aposentadoria de ferroviário com base na remuneração paga pela CPTM, que resultou da cisão da CBTU, esta, sim, subsidiária da antiga RFFSA.

4. RFFSA e CPTM são empresas distintas, que não se confundem, têm quadros de pessoal e carreira diversos, de modo que não há amparo legal para a complementação da aposentadoria na forma pretendida pelo apelante.

5. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, NONA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2123888 - 0006963-26.2013.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 24/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2019)

PREVIDENCIÁRIO. EX-FERROVIÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI Nº 8.186/91. LEI Nº 10.478/02. EQUIPARAÇÃO COM OS FUNCIONÁRIOS DA ATIVA DA CPTM. IMPOSSIBILIDADE. CONECTÁRIOS LEGAIS. PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E ÀS APELAÇÕES.

1. Deve ser reconhecida a legitimidade ad causam da União Federal, na condição de órgão pagador, e do INSS, como mantenedor dos aludidos pagamentos, na presente demanda, consoante jurisprudência firmada nesta Corte.

2. Os ferroviários que se aposentaram até a edição do Decreto-lei n.º 956/69, quanto àqueles que foram admitidos até outubro de 1969, em face da superveniência da Lei n.º 8.186/91, sob qualquer regime, possuem direito à complementação da aposentadoria prevista no Decreto-Lei n.º 956/69, restando garantido o direito à complementação da aposentadoria ou equiparação com remuneração do pessoal da atividade da extinta RFFSA.

3. A Lei nº 10.478/02 estendeu a complementação da aposentadoria aos ferroviários admitidos até 21 de maio de 1991, na mesma forma da Lei nº 8.186/91.

4. Desta forma, ex-funcionário da RFFSA, ainda que integrado aos quadros de suas subsidiárias (CBTU ou CPTM) faz jus ao benefício complementar.

5. Cumpre afastar eventual pretensão para que seja utilizada a tabela de vencimentos dos trabalhadores da ativa da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, uma vez que, ainda que essa seja subsidiária da Rede Ferroviária Federal S/A, tratam-se de empresas distintas, não servindo o funcionário da primeira de paradigma para aqueles da segunda.

6. Apliquem-se, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se o decidido nos autos do RE 870947.

7. A verba honorária de sucumbência incide no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma (artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil), aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

8. Matéria preliminar rejeitada. Parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União e do INSS, para afastar eventual pretensão para que seja utilizada a tabela de vencimentos dos trabalhadores da ativa da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos bem como fixar os consectários legais.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2117336 - 0024619-17.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/02/2018)

PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. VALOR DE ALÇADA. NÃO CONHECIMENTO. APELAÇÕES. REVISÃO DE BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS DE EX-TRABALHADORES DA RFFSA. EX-FERROVIÁRIO. PARIDADE COMPESSOAL DA ATIVA DA CPTM.

- Considerando os valores em discussão, o termo inicial e a data da sentença, verifica-se que o valor da condenação não excede o valor de alçada (artigo 475, §2º, do CPC de 1973 e artigo 496, §3º, I, do CPC de 2015). Desse modo, não é o caso de reexame necessário.

- A RFFSA - Rede Ferroviária Federal S.A., embora tenha sido sucedida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), esta cindida parcialmente para integrar a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - (CPTM), não pode ser confundida com a última empresa, não servindo de paradigma para fins de paridade entre ativos e inativos da primeira.

- O valor pago a título de aposentadoria ou pensão dos ferroviários da RFFSA se compõe de duas partes, quais sejam: uma relativa ao benefício previdenciário calculado e pago pelo INSS, decorrente das contribuições pagas pelo beneficiário à Previdência Social; a outra referente à complementação paga também pelo INSS, mas às expensas da União, nos termos da Lei nº 8.186/91, a fim de assegurar igualdade da remuneração entre os ferroviários inativos e os em atividade correspondente ao mesmo cargo.

- Disciplinou o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.186/91, que a parcela referente à complementação de aposentadoria ou pensão dos ex-ferroviários deveria seguir os mesmos critérios, prazos e condições de reajuste da remuneração do pessoal em atividade, com o objetivo de manter o mesmo padrão do cargo entre os ativos e inativos.

- A Lei 11.483, de 31/05/2007 encerrou o processo de liquidação e extinguiu a RFFSA. Em virtude de desligamento por demissão, dispensa, aposentadoria ou falecimento do último empregado ativo oriundo da extinta RFFSA, os valores previstos nos respectivo plano de cargos e salários passarão a ser reajustados pelos mesmos índices e com a mesma periodicidade que os benefícios do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, continuando a servir de referência para a paridade de remuneração prevista nas Leis 8.186/1991 e 10.478/2002.

- Destarte, nesses casos, o valor pago pelo INSS deve ser integral, inclusive, se este, agora ou no futuro, elevar-se acima dos vencimentos pagos aos servidores da ativa. Porém, quando o benefício previdenciário, mesmo reajustado, fica inferior ao que o segurado (agora aposentado ou pensionista) receberia como se em atividade estivesse, ocorre a complementação, e esta varia até assegurar a paridade entre os ativos e inativos, podendo até mesmo inexistir a complementação, desde que o benefício previdenciário alcance valor acima do teto.

- Remessa oficial não conhecida. Apelação da parte autora improvida. Apelação da União Federal provida.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2114064 - 0001604-82.2006.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, julgado em 26/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2017)

Ademais, como consignou o magistrado na sentença, “não restou demonstrado que o valor da complementação era inferior ao que efetivamente deveria ser pago”.

Desta feita, não merece reforma a decisão de primeira instância.

Das verbas sucumbenciais

Na hipótese, cabível a fixação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo do art. 85 do CPC/2015.

Mantida a decisão em grau recursal, impõe-se a majoração dos honorários por incidência do disposto no §11º do artigo 85 do NCPC.

Assim, com base no art. 85 e parágrafos do CPC, devem ser majorados os honorários advocatícios pela parte autora, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, aos quais acresço 1% por cento, observada a gratuidade da justiça.

Dispositivo

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FERROVIÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. RFFSA. EQUIPARAÇÃO DOS PROVENTOS COM A REMUNERAÇÃO DO PESSOAL EM ATIVIDADE. LEIS N. 8.186/1991, N. 10.478/2002 E N. 11.483/07. POSSIBILIDADE. PARADIGMA CPTM. INCABÍVEL. APOSENTADO DA RFFSA. RECURSO DA PARTE AUTORA DESPROVIDO.

1. Apelação interposta pela parte autora, sucessora do ex-ferroviário (falecido), que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito em relação a CPTM, com fulcro no art. 485, VI do CPC e improcedente pedido de pagamento das diferenças de complementação de aposentadoria de ex-ferroviário mais a Gratificação de Adicional de Tempo de Serviço, considerada a paridade com os funcionários da ativa da CPTM a partir de 06.2007, nos termos da Lei n. 10.839/2004 e atualizações. Condenada a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade da justiça.
2. A Lei n. 8.186/1991 estendeu aos ferroviários admitidos na Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) até 31 de outubro de 1969, sob qualquer regime, o direito à complementação da aposentadoria instituída no Decreto-lei n. 956/1969. É essa a redação dos artigos 1º e 2º. Posteriormente, os seus efeitos foram estendidos pela Lei n. 10.478, de 28 de junho de 2002, aos ferroviários que tivessem ingressado na RFFSA até 21 de maio de 1991.
3. O STJ já reconheceu o direito à complementação de aposentadoria de ferroviário, mantendo-se a equivalência com a remuneração do ferroviário em atividade, nos termos do art. 40, § 5º, da CRFB, em sua redação original, em vigor à época da edição da Lei n. 8.186/1991.
4. A complementação deve observar as normas do artigo 27 da Lei n. 11.483/2007 (lei que extinguiu a RFFSA), e do artigo 118 da Lei n. 10.233/2001.

5. A Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM foi criada, pelo Governo do Estado de São Paulo or meio da Lei nº 7.861, de 28.05.1992, de para assumir os sistemas de trens urbanos da Região Metropolitana de São Paulo, operados pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU e pela Ferrovia Paulista S/A - FEPASA, de forma a assegurar a continuidade e a melhoria dos serviços.

6. Na hipótese, o ex-ferroviário foi admitido (em 18.07.1969) e aposentou-se antes mesmo da criação da CPTM, ainda como funcionário da RFFSA (15.08.1991), esta última extinta em 2007. Logo, não há falar emparidade com os funcionários da CPTM após 06.2007, como pretende a parte autora, seja porque a aposentação deu-se antes mesmo da criação da CPTM, empresa que se quer ter como paradigma, seja por expressa determinação legal da própria Lei 11.483/07.

7. Incontroverso o direito do ferroviário inativo à complementação da aposentadoria, entretanto, não faz jus à paridade com os funcionários da ativa da CPTM, porquanto não estava a esta empresa vinculado quando da sua aposentadoria. Precedentes desta C. Corte.

8. Apelo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001437-75.2018.4.03.6002

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

APELANTE: WILSON APARECIDO DA SILVA, MARIA SIRLEI RIZO DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR - MS6527-A

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR - MS6527-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: JUNE DE JESUS VERISSIMO GOMES - MS9877-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001437-75.2018.4.03.6002

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

APELANTE: WILSON APARECIDO DA SILVA, MARIA SIRLEI RIZO DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR - MS6527-A

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR - MS6527-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: JUNE DE JESUS VERISSIMO GOMES - MS9877-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido de aquisição de propriedade imóvel, por usucapião, nos termos do art. 487, I, CPC. Condenados os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça.

Em suas razões recursais, os autores pedem a reforma da sentença ao argumento de que “*nada obsta o usucapião pelos apelantes, pois, o artigo 1.241 do CC, não proíbe a legitimidade ativa do proprietário na ação de usucapião, ademais, a sentença viola literalmente o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal*”. Aduzem que “*é possível ao proprietário intentar o usucapião sobre o seu próprio imóvel, pois não há a menor ilegalidade em que o possuidor, por não ter confiança em seu título dominial, recorra à ação de usucapião*”. Alegam que “*o título estaria restringido pela hipoteca, sendo que o contrato de mútuo com pacto adjeto de hipoteca também obsta a venda*”.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001437-75.2018.4.03.6002

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

APELANTE: WILSON APARECIDO DA SILVA, MARIA SIRLEI RIZO DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR - MS6527-A

Advogado do(a) APELANTE: SALVADOR AMARO CHICARINO JUNIOR - MS6527-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: JUNE DE JESUS VERISSIMO GOMES - MS9877-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Desembargador Federal HELIO NOGUEIRA (Relator):

Do usucapião

A sentença trouxe desfecho adequado à controvérsia posta nos autos.

O artigo 183 da Constituição Federal de 1988, mencionado na petição inicial do presente feito, estabeleceu os requisitos necessários para a configuração da usucapião urbana, sendo os principais: a posse mansa e pacífica, o decurso do prazo quinquenal e a não oposição. A ausência de qualquer dessas condições afasta por si só a possibilidade de adquirir o domínio do bem pela prescrição aquisitiva.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Como se observa do dispositivo transcrito, o instituto do usucapião, em linhas gerais, presta-se a promover a aquisição da propriedade de bem àquele que o possui com ânimo de dono, por certo tempo, sem oposição de terceiros.

Frise-se, o objetivo é a aquisição do domínio (art. 183: “*adquirir-lhe-á o domínio*”).

Igualmente, o art. 1.241 do Código Civil, invocado na apelação para amparar a legitimidade dos autores/proprietários/apelantes para a usucapião, revela que o intento é a aquisição da propriedade imóvel. Confira-se:

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Por consequência, a pretensão à obtenção da propriedade imóvel por meio do usucapião revela-se descabida, senão teratológica, ao proprietário do bem.

Com efeito, seria despicando dizer que o próprio proprietário do imóvel não necessita “*adquirir o domínio*” do bem.

A matrícula do imóvel usucapiendo, acostada aos autos com a exordial, demonstra que o bem se encontra sob a titularidade dos autores/apelantes.

Por outro lado, a constituição de hipoteca revela-se insuficiente para a propositura da ação de usucapião, porquanto referido direito real de garantia pode coexistir e coexiste com o direito real de propriedade.

Por derradeiro, não há informação nos autos de que a Caixa Econômica Federal tenha adquirido a propriedade do imóvel, tampouco há informação sobre o desfecho da execução hipotecária já em curso quando do ajuizamento da presente demanda.

Por todo o considerado, de rigor a manutenção da sentença.

Da verba honorária

Diante da sucumbência da apelante, majoro os honorários advocatícios para 11% sobre o valor da causa, a teor do disposto no art. 85, §11º, CPC, devendo ser observada a gratuidade de justiça.

Dispositivo

Pelo exposto, **nego provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. USUCAPIÃO. ARTIGO 183, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IMÓVEL URBANO PERTENCENTE AOS REQUERENTES. REGISTRO IMOBILIÁRIO EM NOME DOS REQUERENTES. HIPOTECA: DIREITO REAL DE GARANTIA. COEXISTÊNCIA COM A PROPRIEDADE. DESCABIDA A PRETENSÃO DE AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO DE COISA PRÓPRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido de aquisição de propriedade imóvel, por usucapião, nos termos do art. 487, I, CPC. Condenados os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça.
2. O artigo 183 da Constituição Federal de 1988, mencionado na petição inicial do presente feito, estabeleceu os requisitos necessários para a configuração da usucapião urbana, sendo os principais: a posse mansa e pacífica, o decurso do prazo quinquenal e a não oposição.
3. O instituto do usucapião, em linhas gerais, presta-se a promover a aquisição da propriedade de bem àquele que o possui com ânimo de dono, por certo tempo, sem oposição de terceiros.
4. A pretensão à obtenção da propriedade imóvel por meio do usucapião revela-se descabida, senão teratológica, ao proprietário do bem.
5. Seria despidendo dizer que o próprio proprietário do imóvel não necessita “*adquirir o domínio*” do bem.
6. A matrícula do imóvel usucapiendo, acostada aos autos com a exordial, demonstra que o bem se encontra sob a titularidade dos autores/apelantes.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016535-98.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: DENIS GONCALVES PLACIDO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON MARTINS DA SILVA - SP378557
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016535-98.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: DENIS GONCALVES PLACIDO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON MARTINS DA SILVA - SP378557
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por DENIS GONÇALVES PLÁCIDO contra a decisão que indeferiu tutela provisória de urgência visando a imediata reintegração às Forças Armadas na condição de adido ou agregado para continuidade do tratamento médico especializado com percepção de soldo, formulado em ação ordinária ajuizada com a finalidade de reintegração e posterior reforma.

Em suas razões, alega o agravante, em síntese, que é portador de grave lesão no ombro esquerdo decorrente de acidente em serviço, ocorrido em 27.04.2015, e que necessita dar continuidade ao tratamento que recebia na caserna, porém foi indevidamente licenciado em 07.06.2017, quando deveria ser reformado. Acrescenta que se encontra desempregado e que seu estado mórbido, provado pelos laudos e exames, ora acostados, dificulta o prosseguimento de sua vida profissional.

Indeferido o pedido de tutela recursal (ID 1128671).

Contraminuta apresentada em ID 1411279.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016535-98.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: DENIS GONCALVES PLACIDO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEFFERSON MARTINS DA SILVA - SP378557
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Pretende o agravante, DENIS GONÇALVES PLÁCIDO a reforma da r. decisão que indeferiu a tutela de urgência requerida para imediata reintegração ao serviço ativo do Exército, na condição de adido, para continuidade do tratamento médico, em razão de grave lesão sofrida no ombro esquerdo em decorrência de acidente sofrido durante treinamento militar.

O deferimento da tutela provisória de urgência tem como requisitos, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, de um lado, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e, de outro, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, advindos da não concessão da medida. Ademais, o deferimento da tutela de urgência não pode implicar a irreversibilidade do provimento antecipado, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo.

Esses requisitos, assimpostos, implicam a existência de prova pré-constituída da veracidade do quanto arguido pela parte requerente, na medida em que a antecipação do provimento postulado, nas tutelas de urgência, provoca a postergação do contraditório.

No caso dos autos, dos documentos acostados não se verifica a plausibilidade do direito invocado.

Embora o agravante tenha juntado atestados médicos que descrevem a lesão no ombro esquerdo e que foi submetido a fisioterapia, em contrapartida, há informação de que em inspeção de saúde realizada pelo Exército o agravante foi considerado apto para o serviço militar antes de seu licenciamento.

Desta feita, faz-se necessário regular instrução probatória, com realização de perícia médica que ateste eventual estado de incapacidade e seu respectivo grau, o que impossibilita a concessão de tutela provisória.

Não havendo elementos suficientes à demonstração da probabilidade do direito, é prudente que se aguarde a fase instrutória e não a concessão de uma tutela provisória que implicará o retorno do Agravante às fileiras do Exército.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. TRATAMENTO DE SAÚDE. TUTELA PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 300 do CPC, a tutela provisória 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.
2. Na hipótese, verifica-se que não estão presentes os requisitos legais. Necessidade de instrução probatória.
3. *Agravo* de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012149-24.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO
APELADO: ISABELLA ADORNO MAZZONI HAIDAMUS
LITISCONORTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ADRIAN RICARDO BIANCHI E SILVA - SP346121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012149-24.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

APELADO: ISABELLA ADORNO MAZZONI HAIDAMUS
LITISCONSORTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ADRIAN RICARDO BIANCHI E SILVA - SP346121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação, interposto pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE, em face da r. sentença que julgou procedente o pedido, com fundamento no art. 487, inciso I do Novo Código de Processo Civil e CONCEDEU SEGURANÇA para determinar que as autoridades impetradas abstenham-se de cobrar as prestações do FIES contrato nº 24.0977.185.0003845-87, mantida a cobrança dos juros, até a conclusão da Residência Médica em Neonatologia, nos termos expostos, abstendo-se, ainda, de incluir o nome da impetrante nos órgãos de proteção ao crédito em razão do não pagamento das prestações. Sem honorários, conforme estabelecido no art. 25 da Lei nº 12.016/09. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do previsto no art. 14, § 1º da referida Lei.

Em suas razões recursais, alega-se, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, requer-se que seja reformada a r. sentença para se rejeitar o pedido inicial na medida em que a impetrante, ora apelada, não cumpriu pelo menos um dos requisitos legais para a concessão do benefício, qual seja: o contrato encontrava-se na fase de amortização quando do ingresso da estudante no curso de residência médica.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Intimado, o prazo para manifestação do Ministério Público Federal transcorreu *in albis*.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012149-24.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

APELADO: ISABELLA ADORNO MAZZONI HAIDAMUS
LITISCONSORTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ADRIAN RICARDO BIANCHI E SILVA - SP346121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Da legitimidade passiva do FNDE

A legitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal advém do próprio contrato, no qual figura como representante do FNDE, atualmente indicado como agente operador e administrador dos ativos e passivos, conforme regulamento e normas baixadas pelo CMN, consoante disposto no art. 3º da Lei nº 10.260/2001, instituidora do FIES, razão pela qual não há que se falar em ilegitimidade do referido Fundo.

Neste sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. ADITAMENTO DE CONTRATO. FALHA NO SISTEMA DE INFORMÁTICA DO FNDE. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Reconhecida a legitimidade do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e da Caixa Econômica Federal (CEF) para figurarem no polo passivo da demanda, pois o contrato foi celebrado com ambas as instituições, as quais possuem responsabilidade no cumprimento das cláusulas do acordo.

2. (...)

8. Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 361271 - 0005232-43.2015.4.03.6112, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 02/06/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2016)

Da concessão do benefício da carência estendida

Na espécie dos autos, a sentença não merece qualquer reparo, ao conceder a segurança vindicada, determinando a suspensão de cobrança de parcelas do Financiamento Estudantil - FIES até a conclusão da residência médica da impetrante.

Com efeito, o artigo 205 da CRFB estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Nesse sentido, visando dar eficácia ao aludido dispositivo constitucional, o Poder Público instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES, que é um programa destinado a financiar, na educação superior, a graduação de estudantes matriculados em instituições particulares que não possuem poder aquisitivo para enfrentar os custos de uma formação nas aludidas instituições particulares.

Na hipótese dos autos, o fato do contrato encontrar-se em fase de amortização não impede a prorrogação da carência, tendo em vista que a impetrante comprovou ter sido aprovada para seleção de residência médica em Neonatologia, afigura-se razoável a extensão do prazo de carência do contrato de financiamento, celebrado com a Caixa Econômica Federal em 2009, por todo o período de duração da residência médica, nos termos em que dispõe o art. 6º-B da Lei n. 10260/2001.

Em casos que tais, portanto, deve tal norma ser aplicada ao caso, em face do caráter social do contrato *sub examine*, instrumento de programa que objetiva propiciar o acesso ao ensino superior, mas também por constituir regra mais benéfica à estudante, ainda que o contrato de abertura de crédito firmado pelas partes seja anterior à Lei n. 12202, de 2010.

Nessa linha de inteligência, os seguintes precedentes do TRF da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DE ENSINO SUPERIOR - FIES. PRAZO DE CARÊNCIA. PRORROGAÇÃO. RESIDÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE REGRA MAIS FAVORÁVEL AO ESTUDANTE. I - O art. 205 da Constituição Federal estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Nesse sentido, visando dar eficácia ao aludido dispositivo constitucional, o Poder Público instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES, que é um programa destinado a financiar, na educação superior, a graduação de estudantes matriculados em instituições particulares que não possuem poder aquisitivo para enfrentar os custos de uma formação nas aludidas instituições particulares. II - Na hipótese dos autos, tendo a impetrante comprovado ter sido aprovada para seleção de residência médica, afigura-se razoável a extensão do prazo de carência do contrato de financiamento, celebrado com a Caixa Econômica Federal em 2007, por todo o período de duração da residência médica, nos termos em que dispõe o art. 6º-B da Lei nº 10.260/2001, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.202, de 2010. Em sendo assim, a referida norma legal deve ser aplicada na hipótese dos autos, não só pela sua finalidade social, mas também por constituir regra mais favorável à impetrante. III - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REOMS 00148844320134014000/PI, Relator Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE, 5ª Turma, e-DJF1 de 25/04/2014).

AÇÃO ORDINÁRIA. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE CARÊNCIA. RESIDÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO A CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI. FINALIDADE SOCIAL DO FIES. NORMA MAIS BENÉFICA AO ESTUDANTE. REFORMATIO IN PEJUS. VEDAÇÃO. I. A possibilidade de aplicação do disposto no § 3º do art. 6-B da Lei nº. 10.260/2001, com a redação dada pela Lei nº 12.202/2010 - que prorroga a carência do FIES durante a residência médica - a contratos firmados anteriormente à sua vigência, como o do caso em análise, firmado em 2003, é tese aceita pela jurisprudência do TRF - 5ª Região. II. A interpretação jurisprudencial se coaduna com a finalidade social do FIES, programa governamental de acesso ao ensino superior para população de parcos recursos financeiros, prestigiado o direito constitucional à educação. Nesse contexto, a norma mais favorável ao acesso ao ensino superior há de ser aplicada, até como uma forma de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88). Ademais, não se olvide que na forma do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil): "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." III. Entretanto, em prestígio à proibição da reformatio in pejus, já que a sentença, impugnada apenas pela ré, deixou de conceder a prorrogação da carência em si, mantém-se os seus termos. IV. Apelação da CEF não provida. (AC n. 00114366920114013600/MT, Relator Desembargador Federal JIRAIR ARAM MEGUERIAN, 6ª Turma, e-DJF1 de 29/10/2013).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. ENSINO SUPERIOR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). PRAZO DE CARÊNCIA. PRORROGAÇÃO. RESIDÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos do §3º art. 6º-B da Lei nº. 10.260/2001, na redação dada pela Lei 12.202/2010, "O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 07 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica". 2. Na hipótese dos autos, a impetrante comprovou ter sido aprovada para seleção de residência médica, pelo que se afigura razoável a extensão do prazo de carência do contrato de financiamento, celebrado com a Caixa Econômica Federal em 2007, por todo o período de duração da residência médica, nos termos em que dispõe a norma acima referida. 3. Remessa oficial a que se nega provimento. (REOMS n. 00015232320134013817/MG, Relator Desembargador Federal NÉVITON GUEDES, 5ª Turma, e-DJF1 de 30/04/2015).

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e rejeito a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento à apelação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DE ENSINO SUPERIOR - FIES. LEGITIMIDADE PASSIVA DO FNDE. RECONHECIDA. PRAZO DE CARÊNCIA. PRORROGAÇÃO. RESIDÊNCIA MÉDICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE REGRA MAIS FAVORÁVEL AO ESTUDANTE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Reconhecida a legitimidade passiva do FNDE, atualmente indicado como agente operador e administrador dos ativos e passivos, conforme regulamento e normas baixadas pelo CMN, consoante disposto no art. 3º da Lei nº 10.260/2001, instituidora do FIES. Precedente.

2. O artigo 205 da CRFB estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Nesse sentido, visando dar eficácia ao aludido dispositivo constitucional, o Poder Público instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES, que é um programa destinado a financiar, na educação superior, a graduação de estudantes matriculados em instituições particulares que não possuem poder aquisitivo para enfrentar os custos de uma formação nas aludidas instituições particulares.

3. Na hipótese dos autos, o fato do contrato encontrar-se em fase de amortização não impede a prorrogação da carência, tendo em vista que a impetrante comprovou ter sido aprovada para seleção de residência médica em Neonatologia, afigura-se razoável a extensão do prazo de carência do contrato de financiamento, celebrado com a Caixa Econômica Federal em 2009, por todo o período de duração da residência médica, nos termos em que dispõe o art. 6º-B da Lei n. 10260/2001.

4. Em casos que tais, portanto, deve tal norma ser aplicada ao caso, em face do caráter social do contrato em questão, instrumento de programa que objetiva propiciar o acesso ao ensino superior, mas também por constituir regra mais benéfica à estudante, ainda que o contrato de abertura de crédito firmado pelas partes seja anterior à Lei n. 12202, de 2010.

5. Remessa oficial a que se nega provimento. Preliminar rejeitada e, no mérito, nega-se provimento à apelação do FNDE. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial e rejeitou a preliminar arguida e, no mérito, negou provimento à apelação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000387-82.2018.4.03.6141

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

APELANTE: TECHNOVA COMERCIO E SERVICOS NA AREA DA CONSTRUCAO LTDA - ME, FERNANDO BATISTA FLORENCIO, KARLA CHRISTINA BAUMGARTNER INOCENCIO

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000387-82.2018.4.03.6141

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

APELANTE: TECHNOVA COMERCIO E SERVICOS NA AREA DA CONSTRUCAO LTDA - ME, FERNANDO BATISTA FLORENCIO, KARLA CHRISTINA BAUMGARTNER INOCENCIO

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por TECHNOVA COMERCIO E SERVIÇOS NA AREA DA CONSTRUÇÃO LTDA ME e outros face sentença, integrada aos declaratórios, que JULGOU IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, REJEITANDO OS PRESENTES EMBARGOS À EXECUÇÃO. Condenou a parte embargante, por conseguinte, ao pagamento de honorários advocatícios à embargada, no montante correspondente a 10% sobre o valor dado à causa (inciso I do § 3º do artigo 85 do NCPC), devidamente atualizado. Custas *ex lege*.

Em suas razões recursais, a apelante, preliminarmente, requer a concessão do benefício da justiça gratuita ou o direito de recolher custas ao final do processo, bem como, a elaboração de parecer técnico pelo Contador Judicial, ante a divergência entre os cálculos apresentados pelas partes. No mérito, sustenta a ausência de documento indispensável à propositura da ação (ausência do original do título executivo) e a ausência de liquidez, certeza e exigibilidade; a ilegalidade da capitalização de juros; a indevida cobrança de juros acima do patamar legal; venda casada por cobrança da tarifa para abertura e renovação do crédito; a ilegalidade dos juros moratórios e comissão de encargos, acréscimos e despesas para liquidação do crédito (mora e multa contratual), com amparo no Código de Defesa do Consumidor. Pugna ainda pela inversão do ônus da prova.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000387-82.2018.4.03.6141

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

APELANTE: TECHNOVA COMERCIO E SERVICOS NA AREA DA CONSTRUCAO LTDA - ME, FERNANDO BATISTA FLORENCIO, KARLA CHRISTINA BAUMGARTNER INOCENCIO

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

Advogados do(a) APELANTE: MARIANA BUCANAS DE ALMEIDA - SP348641-A, DALMO ARMANDO ROMANCIO OGNIBENE - SP151743-A, CLARISSA MARIA RIBEIRO OGNIBENE - SP345734-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Da assistência judiciária gratuita

O benefício da gratuidade não é restrito às pessoas físicas, de modo que também as pessoas jurídicas podem desfrutá-lo, desde que atendidos os requisitos legais.

Essa matéria já se encontra pacificada na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consolidado o entendimento de que não existe óbice a que o benefício seja deferido, desde que efetivamente evidenciada a situação de impossibilidade de atender às despesas do processo, porque inexistente a presunção de pobreza de pessoa jurídica.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. DEFERIMENTO. SÚMULA 481/STJ. IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. É possível a concessão do benefício da justiça gratuita à pessoa jurídica, desde que verificada a impossibilidade da parte de arcar com os encargos processuais (Súmula 481/STJ). 2. O Tribunal de origem, apreciando as peculiaridades fáticas da causa, deferiu o benefício da assistência judiciária gratuita. A modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido, como ora perseguida, demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 290405 SP 2013/0023232-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 02/04/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013)

Nesse sentido é o teor da Súmula 481:

"Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais."

A condição para o deferimento, portanto, é a efetiva comprovação da situação de impossibilidade de atender às despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção, não sendo suficiente a simples declaração.

Assim, fixada essa premissa, cabe analisar se a pretensa beneficiária atendeu aos requisitos.

A embargante, ora apelante, tão somente alega que "... se encontra atravessando complicada situação financeira...". Entretanto, não há nos autos qualquer documento contábil que demonstre a insuficiência de bens ou recursos financeiros, situação que não pode ser presumida. Nessa senda, a apelante não comprovou a sua impossibilidade financeira de litigar ao amparo da justiça gratuita.

Assim, indefiro a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à requerente.

Conquanto os embargos à execução não estejam sujeitos às custas ordinárias, *ex vi* do disposto no art. 7º da Lei nº 9.289/96, tal não se aplica à taxa de porte de remessa e retorno, contudo, tratando-se de processo de autos eletrônicos, o recolhimento do porte de remessa e de retorno é dispensado, nos termos do art. 1.007, § 3º, do CPC/2015.

Destarte, passo a apreciação do recurso de apelação.

Da desnecessidade de perícia contábil

De início, importa mencionar o dispositivo consoante no art. 355, do Código de Processo Civil:

"O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas;"

Por sua vez, o Código de Processo Civil assegura às partes, em seu art. 369, a produção de todos os meios de prova admissíveis para a comprovação do que fora alegado. Entretanto, no mesmo diploma legal, o art. 370 comete ao magistrado a atribuição de determinar somente as provas necessárias ao deslinde da demanda, indeferindo as inúteis e aquela que acarretam em mora processual, velando pela rápida solução do conflito.

Nesse sentido, poderá o juiz dispensar a produção probatória, quando os elementos coligidos forem suficientes para fornecer subsídios elucidativos do litígio, casos em que o julgamento da lide poderá ser antecipado e proferido até mesmo sem audiência, se configuradas as hipóteses do artigo 355.

Deste modo, *in casu*, a decisão prolatada pelo Juízo *a quo*, valendo-se dos instrumentos legais supramencionados, bem como do seu livre convencimento motivado, acertadamente entendeu pela suficiência dos elementos probatórios, assim como pela dispensabilidade da produção das provas requeridas pela Apelante.

No mesmo sentido, decidiu o C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MOTIVADA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de discussão a respeito da produção de provas, a interposição do agravo de instrumento impede a preclusão da decisão de natureza interlocutória, caso em que os demais atos processuais supervenientes a ela vinculados remanesçam com sua eficácia condicionada ao julgamento daquele recurso, razão por que não há falar em perda superveniente de objeto do recurso especial. Precedentes. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que pode o magistrado, com base no livre convencimento motivado, indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias para o regular andamento do processo, hipótese em que não se verifica a ocorrência de cerceamento de defesa. 3. Concluir a respeito da necessidade da produção de prova pericial, em contraposição ao que remanesceu decidido pelo Tribunal de origem, demanda o revolvimento de matéria fática, a atrair a incidência do enunciado da Súmula 7/STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AGA 200901405412, ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 23/02/2011).

Com efeito, a controvérsia versada na lide cinge-se aos critérios legais utilizados para a apuração da dívida, os quais se encontram minuciosamente discriminados nos respectivos anexos que acompanham o contrato. Trata-se, portanto, de matéria meramente de direito, passível de julgamento antecipado.

Acerca da matéria, destaca-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. AVERIGUAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA PRECEDENTES MÚLTIPLOS.

(...)

2. O acórdão a quo manteve decisão singular que indeferiu a realização de prova pericial.

3. Para a verificação dos valores devidos, os quais são efetivados por simples cálculo do contador; pela Delegacia da Receita Federal ou pela parte interessada, à vista dos comprovantes constantes dos autos e sendo dispensável a utilização de conhecimento técnico-especial para a apuração de tais valores, é desnecessária a realização de prova pericial.

4. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento" (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99)

5. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, REsp nº 67024/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL; REsp nº 132039/PE, Rel. Min. VICENTE LEAL; AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; EDcl nos EDcl no Resp nº 4329/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA; AgReg no AG nº 14952/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

6. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pericial pleiteada.

7. Agravo regimental não provido. (REsp 614221/PR, 1ª T, Rel. Min. José Delgado, j. 18/05/2004, v.u., DJU 07/06/2004).

Assim sendo, não merece guarida a alegação de imprescindibilidade da análise técnica requerida pela parte embargante, não havendo demonstração de prejuízo à parte ou violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Do título executivo extrajudicial.

A embargada ajuizou a execução com base na "Cédula de Crédito Bancário – Empréstimo PJ com Garantia FGO", acompanhada do demonstrativo de débito e de planilha de evolução da dívida.

Referido contrato prevê um empréstimo na quantia de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais). Sobre o valor mutuado incidem juros remuneratórios de 1,70% ao mês, com prazo para financiamento pagável em 24 prestações mensais.

A cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial, nos termos do disposto nos artigos 28 e 29 da Lei nº 10.931/2004:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2o.

...

§ 2o Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor; por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I - a denominação "Cédula de Crédito Bancário";

II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, correspondente ao crédito utilizado;

III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusula à ordem;

V - a data e o lugar de sua emissão; e

VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

Os títulos executivos extrajudiciais são aqueles assim definidos por lei. No caso de cédula de crédito bancário representativa de contrato de empréstimo bancário, o título prevê o pagamento de valor certo, líquido e exigível, sendo em tudo análogo aos demais títulos executivos extrajudiciais previstos no CPC - Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.291.575-PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC/73, firmou entendimento de que a cédula de crédito bancário, ainda que representativa de contrato de abertura de crédito em conta corrente constitui título executivo extrajudicial:

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir; de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso concreto, recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1291575/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 02/09/2013)

Há, portanto, título executivo extrajudicial - contrato particular assinado pela devedora e avalistas, prevendo o pagamento de valor certo, líquido e exigível, de forma que estão sendo satisfeitos os requisitos do artigo 784, III, c/c 786 do Código de Processo Civil/2015, sendo cabível a ação de execução.

No sentido de que o contrato de empréstimo bancário de valor determinado constitui título executivo extrajudicial situa-se o entendimento dos Tribunais Regionais Federais:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM RECURSOS DO FAT. FORÇA EXECUTIVA. SENTENÇA. ANULAÇÃO. 1. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, "diferentemente do contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente (súmula 233/STJ), o contrato de empréstimo assinado pelo devedor e duas testemunhas e vinculado à nota promissória pro solvendo (Súmula 27/STJ), constitui título executivo extrajudicial por consignar obrigação de pagar quantia líquida, certa e exigível, já que o valor do principal da dívida é demonstrável de plano" (AC 2006.41.01.003688-0/RO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 07/12/2007). 2. Provimento à apelação da Caixa Econômica Federal para anular a sentença, com retorno dos autos à primeira instância para regular processamento.

TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC 199938020002549, Rel. Des.Fed. João Batista Moreira, j. 07/02/2009, DJe 29/10/2009

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO COM NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL APTO A SER EXECUTADO. 1. Não há nulidade da execução, por inexistência de título líquido e certo, quando o contrato está assinado por duas testemunhas, traz o valor operativo definido na própria celebração, a forma de pagamento, o valor da prestação mensal, os acessórios sobre os encargos e o seu termo inicial, estando, inclusive, acompanhado de nota promissória. Ou seja, a obrigação e todos os parâmetros necessários à sua quantificação estão expressamente previstos no título apresentado. 2. Apelação desprovida.

TRF 2ª Região, 6ª Turma, AC 504240 Rel. Des.Fed. Guilherme Couto, j. 14/02/2011, DJe 18/02/2011

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA AJUIZADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL REFERENTE A CONTRATO DE FINANCIAMENTO A PESSOA JURÍDICA - TÍTULO EXECUTIVO - APELO PROVIDO. 1. O contrato de empréstimo (mútuo), onde o crédito é determinado, as cláusulas financeiras são expressas e ainda está assinado por duas testemunhas, nos termos do artigo 585, II, do Código de Processo Civil, é considerado título executivo extrajudicial. 2. Apelo provido.

TRF 3ª Região, 1ª Turma, AC 200761050118828, Rel. Des.Fed. Johanson de Salvo, j. 05/08/2008, DJF3 29/09/2008

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO SOB CONSIGNAÇÃO AZUL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. - Sendo o contrato de abertura de empréstimo/financiamento sob consignação azul, cujas cláusulas expressas estipulam os direitos e obrigações dos contratantes, bem como a ocasião do pagamento das prestações, constitui ele título executivo extrajudicial, pois preenche todos os requisitos exigidos pelo inciso II do art. 585 do CPC.

TRF 4ª Região, 4ª Turma, AG 200404010027834, Rel. Des.Fed. Valdemar Capeletti, j. 15/02/2006, DJ 29/03/2006

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. EMPRÉSTIMO/FINANCIAMENTO. LIQUIDEZ DO TÍTULO. ART. 585, II, CPC. VERIFICADO. PRECEDENTES. - O contrato de crédito em questão consubstancia obrigação de pagar importância certa e determinada, prestando-se à execução imediata, vez que a apuração do quantum debeatur depende apenas de simples cálculo aritmético. - O contrato de empréstimo que contém valor certo, com pagamento de prestações de valor também determinado, acrescido de encargos contratualmente previstos, e assinado por duas testemunhas, constitui-se em título líquido, certo e exigível, a teor do art. 585, II, do CPC, apto, portanto, a embasar a execução por título executivo extrajudicial. - Precedentes: TRF 5ª, Segunda Turma, AC 343905/AL, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJU 20/05/2009; TRF 1ª, Quinta Turma, AC n.º 205/MG, Relator Des. Fed. Fagundes de Deus, DJ em 19/04/2004. - Apelação improvida.

TRF 5ª Região, 2ª Turma, AC 502976, Rel. Des.Fed. Rubens Canuto, j. 26/20/2010, DJe 04/11/2010

Quanto à alegação de ausência dos requisitos de validade dos títulos de créditos (liquidez, certeza e exigibilidade), observo que não procede tal assertiva, visto que os dados necessários para a obtenção do valor devido estão discriminados nas planilhas de demonstrativo de débito e de evolução da dívida acostados aos autos originários.

Mesmo que haja o reconhecimento de ilegalidade de cláusulas do contrato executado, não torna ilíquido o título, possibilitando, apenas, a adequação da execução às alterações impostas por meio do devido ajuste do valor da execução ao montante subsistente.

Nesse sentido situa-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL - SFH - EMBARGOS À EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA - RECONHECIMENTO DE ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL - MANUTENÇÃO DA LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - AJUSTE DO VALOR EXECUTADO AO MONTANTE REMANESCENTE - POSSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. Os elementos existentes nos autos noticiam que a Corte de origem entendeu que o reconhecimento do excesso de execução decorrente de abusividade de cláusula contratual não retira o liquidez do título executivo extrajudicial, sendo possível o prosseguimento da execução pelo saldo remanescente. Verifica-se que o acórdão recorrido, de fato, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior; que se manifesta no sentido de que o reconhecimento de ilegalidade de cláusulas do contrato executado, não torna ilíquido o título, ensejando, apenas, o ajustamento do valor da execução ao montante subsistente. (STJ, AgRg no Ag 1243689/DF, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 16/11/2010)

Processual civil. Execução de título extrajudicial. Ação revisional julgada procedente. Liquidez do título que embasou a execução. - Não retira a liquidez do título, possível julgamento de ação revisional do contrato originário, demandando-se, apenas, adequação da execução ao montante apurado na ação revisional. Recurso especial parcialmente provido. (REsp nº 593.220/RS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 21.2.2005)

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - OFENSA AOS ARTS. 265, IV, "A", E 585, § 1º, DO CPC - SÚMULA 211/STJ - EXECUÇÃO - ALTERAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS EM AÇÃO REVISIONAL - LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - AJUSTE DO VALOR EXECUTADO. [...] 2 - Esta Corte Superior tem decidido que o julgamento de ação revisional não retira a liquidez do título executado (contrato), não impedindo, portanto, a sua execução. Com efeito, o fato de ter sido determinada a revisão do contrato objeto da ação executiva não retira sua liquidez, não acarretando a extinção do feito. Necessário apenas a adequação da execução às modificações impostas pela ação revisional (REsp nº 569.937/RS, Rel. Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, DJ de 25.9.2006).

Destarte, no caso dos autos, tendo em vista que a execução apresenta título líquido, certo e exigível, bem como, acompanhada dos demonstrativos de débito e do saldo devedor demonstrado em planilhas de cálculo, há, portanto, título executivo extrajudicial a embasar a ação executiva.

Ademais, não há de se falar em nulidade da execução por ausência do original do título executivo, tendo em vista que a CEF acostou aos autos executivos o contrato original devidamente subscrito.

Da aplicação do CDC - Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

A aplicação da Lei nº 8.078/1990 (CDC - Código de Defesa do Consumidor) aos contratos bancários é questão superada no âmbito dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que as instituições financeiras, como prestadoras de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, §2º, estão submetidas às disposições da lei consumerista, editando a Súmula nº 297: "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

No mesmo sentido firmou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 2.591-DF, DJ 29/09/2006, p. 31, assentando-se que "as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor", excetuando-se da sua abrangência apenas "a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia".

Essa proteção, porém, não é absoluta e deve ser invocada de forma concreta, comprovando a mútua efetivamente a existência de abusividade das cláusulas contratuais ou de excessiva onerosidade da obrigação pactuada.

A abusividade, segundo a apelante, estaria nas cláusulas contratuais que estabelecem os encargos contratuais, eis que há cobrança de juros moratórios e comissão de encargos, acréscimos e despesas para liquidação do crédito (mora e multa contratual), bem como, ocorrência de capitalização de juros, cobrança de juros acima do patamar legal e venda casada por cobrança da tarifa para abertura e renovação do crédito.

Ademais, importa ainda anotar que a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor tempor lastro a assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio.

Assim, a distribuição do ônus da prova na forma ordinária do artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil somente deve ser excepcionada se restar comprovada a vulnerabilidade do consumidor, a ponto de, em razão dessa circunstância, não conseguir comprovar os fatos que alega, ao mesmo tempo em que a parte contrária apresenta informação e meios técnicos hábeis à produção da prova necessária ao deslinde do feito.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. CADASTRO DE INADIMPLENTES. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA. INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA EMPRESA DEMANDADA. ACÓRDÃO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA AO ARTIGO 535, I E II, DO CPC E DO ALEGADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 211 E 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Inexiste afronta ao artigo 535, I e II, do CPC, quando Tribunal local examinou minudentemente as questões atinentes à solução da controvérsia posta nos autos, declinando os fundamentos nos quais suportou as conclusões assumidas.*

2. *A ausência de prequestionamento dos preceitos legais ditos violados, mesmo quando opostos embargos de declaração, impede o trânsito do recurso especial, por aplicação da Súmula 211 do STJ.*

3. *Não há que se falar em afronta ao artigo 333, I, do CPC, em face do indeferimento de prova oral, se o acórdão entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes para o seu convencimento. Ademais, rever os fundamentos que levaram a tal conclusão, é vedado na instância especial, segundo dispõe a Súmula 7/STJ.*

4. *A inversão do ônus da prova com fins à plena garantia do exercício do direito de defesa do consumidor, só é possível quando houver verossimilhança de suas alegações e constatada a sua hipossuficiência a qual deverá ser examinada não só do ponto de vista social, mas, principalmente, do ponto de vista técnico.*

5. *Na hipótese ora examinada, o Tribunal de origem indeferiu a inversão do ônus da prova e reconheceu a ausência da prática de ato ilícito da agravada, com apoio no substrato fático constante dos autos, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.*

6. *Agravo regimental não provido.*

(STJ, AgRg no Ag 1355226/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS PELO FATO DO PRODUTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AMPLA DEFESA.

1.- *Para garantia do exercício do direito de ampla defesa do consumidor, estabelece-se a possibilidade a inversão do ônus da prova em seu benefício quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou, alternativamente, quando for constatada a sua hipossuficiência.*

2.- *A hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano.*

3.- *Há de se atentar, porém, para que não seja imputado ao réu o ônus de uma prova que foi inviabilizada pelo próprio autor; o que não sucede na hipótese dos autos.*

4.- *Não é possível, em sede de recurso especial, examinar se os documentos que instruem a petição inicial constituem lastro probatório suficiente ou se a prova pericial (indireta) podia ser validamente dispensada, tendo em vista a Súmula 07/STJ.*

5.- *Recurso Especial a que se nega provimento, com observação de que todo o manancial probatório deverá ser ulteriormente ponderado, afastando-se similitude entre inversão de ônus da prova com confissão ficta de matéria fática.*

(STJ, REsp 1325487/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 14/09/2012)

No caso dos autos, não se verifica hipossuficiência técnica a justificar a inversão do ônus da prova, na medida em que os fatos alegados pela autora restaram devidamente demonstrados pela prova constante na ação executiva, os quais foram rebatidos nos presentes embargos à execução.

Da capitalização dos juros.

No caso dos autos, o contrato foi firmado entre as partes em 26/01/2015 e prevê expressamente a forma de cálculo dos juros.

Ainda que se entenda que o cálculo dos juros pela utilização da Tabela Price implica em capitalização, tratando-se de contrato bancário firmado posteriormente à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30/03/2000 (em vigor a partir da publicação no DOU de 31/03/2000), por diversas vezes reeditada, a última sob nº 2.170-36, de 23/08/2001, ainda em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, é lícita a capitalização dos juros, nos termos do artigo 5º:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Nesse sentido situa-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. - A capitalização dos juros é admissível nos contratos bancários celebrados a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00), desde que pactuada. Agravo improvido.

(STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 1041086/RS, Rel.Min. Sidnei Beneti, j. 26/11/2008, Dje 19/12/2008)

Incidência da Tabela Price.

O sistema de amortização do saldo devedor pela utilização da Tabela Price não é vedado por lei. Além disso, é apenas uma fórmula de cálculo das prestações, em que não há capitalização de juros e, portanto, não há motivo para declarar a nulidade da cláusula questionada. Nesse sentido, já se assentou o entendimento da Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVISÃO CONTRATUAL. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. APLICAÇÃO DA TABELA PRICE. INEXISTÊNCIA DE RISCO DE IRREPARABILIDADE OU DIFÍCIL REPARAÇÃO. ARTIGO 43 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1 - Não há prova nos autos de que a instituição financeira descumpriu as cláusulas estabelecidas no contrato de financiamento firmado pelas partes, acarretando cobrança de valores abusivos nas prestações. 2 - Inexiste ilegalidade na aplicação do sistema de amortização da Tabela Price ao Programa de Financiamento Estudantil - FIES. 3 - Também não há risco de irreparabilidade ou de difícil reparação do direito da agravante. 4 - Não caracteriza ato ilegal ou abuso de poder a inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes prevista no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor. 5 - Agravo de instrumento ao qual se nega provimento.

(AI 200803000198921, DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:24/06/2009 PÁGINA: 50.)

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO MONITÓRIA REFERENTE A DÍVIDA ORIUNDA DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). AGRAVO RETIDO (NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE ELASTÉRIO PROBATÓRIO) IMPROVIDO. INAPLICABILIDADE DO CDC, POIS A PACTUAÇÃO DE CONTRATO REFERENTE AO FIES NÃO ENVOLVE ATIVIDADE BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (GESTORA DO FUNDO). CONTRATO A QUE O INTERESSADO ADERE VOLUNTARIAMENTE, PARA SE BENEFICIAR DE RECURSOS PÚBLICOS E ASSIM CUSTEAR EDUCAÇÃO SUPERIOR. VALIDADE DAS CLÁUSULAS PACTUADAS. APLICAÇÃO DA TABELA PRICE JÁ QUE REGULARMENTE PACTUADA. JUROS CAPITALIZADOS MENSALMENTE. ADEQUADO VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE JUROS. VERBA HONORÁRIA. APELAÇÃO DA CEF PARCIALMENTE PROVIDA, NA PARTE CONHECIDA. APELAÇÃO DA RÉ/EMBARGANTE DESPROVIDA. 1. No que pertine à insurgência da Caixa Econômica Federal relativa à manutenção da cobrança da dívida com base na Tabela Price, verifico que lhe falece legítimo interesse para recorrer, uma vez que a MMª. Juíza Federal enfrentou essa questão e resolveu-a nos exatos termos do interesse da empresa pública, razão pela qual incorre sucumbência a legitimar o suposto "inconformismo"; nesse âmbito o apelo desmerece conhecimento. 2. A documentação apresentada pela parte autora, fornece elementos suficientes para o ajuizamento da ação monitoria, afastando-se inclusive, a necessidade de prova pericial, posto que as matérias controvertidas são de direito, perfeitamente delineadas na lei e no contrato. O artigo 330 do Código de Processo Civil permite ao magistrado julgar antecipadamente a causa e dispensar a produção de provas quando a questão for unicamente de direito e os documentos acostados aos autos forem suficientes ao exame do pedido. Agravo retido desprovido. 3. O FIES consiste em um programa oferecido a estudantes, os quais têm a faculdade de se inscrever para tentar aceitação junto ao mesmo, não sendo, de modo algum um sistema impositivo, de adesão obrigatória. Destarte, a apelante/embarcante promoveu a sua inscrição e ingressou em tal programa, estando plenamente consciente das condições pactuadas, responsabilizando-se expressamente pela dívida quando da assinatura do contrato, assim anuindo com os aditamentos firmados. Não pode, portanto, se eximir da obrigação contratual assumida, a qual envolveu recursos públicos que foram disponibilizados e comprometidos em seu favor. 4. Não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de abertura de crédito para financiamento estudantil pois a relação jurídica sob análise não se amolda ao conceito de atividade bancária, dado o contexto social em que foi inserida pelo governo, por não visar o lucro, mas, apenas, manter o equilíbrio dos valores destinados ao fundo, para que possa beneficiar o maior número possível de estudantes que necessitem de tal financiamento. 5. A características dos contratos de financiamento estudantil se diferenciam de outros contratos que se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor: É que o FIES se insere num programa de governo, regido por legislação própria, a qual visa facilitar o acesso ao ensino superior. Este programa oferece condições privilegiadas para os alunos, o fazendo com a utilização de recursos públicos. A participação da Caixa Econômica Federal nesses contratos não é de fornecedora de serviço ou produtos, mas de gestora do Fundo, pelo que não se vislumbra um contrato essencialmente consumerista; isso afasta, de plano, a aplicação das regras da Lei nº 8.078/90. Precedentes. 6. Inexiste qualquer ilegalidade na adoção do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price, devidamente pactuada, não implicando em acréscimo do valor da dívida. 7. De acordo com a orientação emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive tendo sido a questão submetida ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), ficou assentado que, em se tratando de crédito educativo, não se admite a capitalização dos juros, haja vista a ausência de autorização expressa por norma específica. 8. Verifica-se que a cláusula 13, item "a" do contrato dispõe que, nos casos de não pagamento de 03 (três) prestações mensais consecutivas, ocorrerá o vencimento antecipado da dívida. Havendo a previsão contratual, sem que se verifique a ocorrência de qualquer ilegalidade ou afronta à legislação pátria, não há motivo plausível para acolher a pretensão da embarcante em relação ao afastamento do vencimento antecipado da dívida. 9. Ocorrendo o vencimento antecipado da obrigação, a Caixa Econômica Federal passa a ter a prerrogativa de cobrar o valor integral da dívida. Assim, não se verifica qualquer abusividade na referida cláusula contratual. 10. À luz das disposições da Lei nº 12.202/2010 e da Resolução 3.842/2010 do BACEN, verifica-se que a taxa efetiva de juros de 3,4% ao ano não se aplica ao contrato em tela, que se encontra encerrado pelo vencimento antecipado da dívida desde fevereiro de 2009, nos termos do item 13 da avença. 11. No que tange aos honorários advocatícios, condena-se a ré/embarcante ao seu pagamento, fixando-os no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo em vista que a autora da monitoria decaiu de parte mínima do pedido (parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil). Entretanto, por ser a embarcante beneficiária da justiça gratuita, a execução ficará suspensa pelo prazo de 5 anos, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50. 12. Agravo retido improvido, apelação da CEF não conhecida em parte e, na parte conhecida, parcialmente provida e apelo da ré/embarcante improvido.

(AC 200961000040993, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJI DATA:30/09/2011 PÁGINA: 177.)

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. REVISÃO CONTRATUAL. LEGALIDADE DA TABELA PRICE. TR. SEGURO. TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO E RISCO DE CRÉDITO. CDC. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO LEI 70/66. CADASTRO. - No sistema da Tabela Price os juros são calculados sobre o saldo devedor apurado ao final de cada período imediatamente anterior. Sendo a prestação composta de amortização de capital e juros, ambos quitados mensalmente, à medida que ocorre o pagamento, inexistente capitalização. - Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991. - No reajuste da taxa do seguro devem ser respeitadas as determinações da SUSEP. É livre a contratação da companhia seguradora para o financiamento desde que atenda as exigências do SFH. Não comprovou o mutuário proposta de cobertura securitária por empresa diversa ou a recusa da CEF em aceitar outra companhia. - Não há que se cogitar nulidade de cláusula contratual relativa à cobrança dos acessórios e respectivas taxas quando não restar comprovada violação das cláusulas contratuais ou dos princípios da boa-fé e da livre manifestação de vontade. - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos celebrados no âmbito do SFH. Nesse diapasão, a Súmula 297 do STJ. Mesmo em se tratando de contrato de adesão, não basta a invocação genérica da legislação consumerista, pois é necessária a demonstração cabal de que o contrato de mútuo viola normas de ordem pública previstas no CDC. - As oscilações contratuais decorrentes da inflação e a simples alegação da Teoria da Imprevisão não configuram fato imprevisível que autorize o afastamento das obrigações assumidas contratualmente. - Não preenchidos os requisitos, nos termos do entendimento fixado pelo STJ, descabe impedir-se o registro do nome do mutuário em cadastro de inadimplentes. - Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma. - Agravo legal desprovido.

(AC 00007885220054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/06/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Da incorrência de cobrança de juros ou encargos excessivos ou abusivos.

Não prospera a alegação de cobrança de valores excessivos ou abusivos.

Conforme assinalado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.591-DF, DJ 29/09/2006, p. 31, as instituições financeiras submetem-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, exceto quanto à "definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia". Em outras palavras, a definição da taxa de juros praticada pelas instituições financeiras não pode ser considerada abusiva com apoio no CDC.

E as instituições financeiras não estão sujeitas à limitação da taxa de juros, conforme entendimento de há muito firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 596:

As disposições do Decreto 22626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

No caso dos autos, não se verifica qualquer excesso ou abusividade nas cláusulas contratuais que fixam inicialmente os juros remuneratórios em 1,70000% ao mês.

No sentido de que a mera estipulação de juros contratuais acima de 12% não configura abusividade, que somente pode ser admitida em situações excepcionais, firmou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO... I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

(STJ, 2ª Seção, Resp 1061530/RS, Rel.Min. Nancy Andrichi, j. 22/10/2008, Dje 10/03/2009)

Destarte, observo não haver qualquer irregularidade ou ilegalidade nos contratos firmados entre as partes, uma vez que quando a parte embargante contratou, sabia das taxas e tarifas aplicadas e das consequências do inadimplemento. Uma vez inadimplente, não podem agora ser beneficiada com taxas ou tarifas diferentes das contratadas, devendo ser respeitado o princípio do *pacta sunt servanda*.

Da comissão de permanência.

As Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 do Superior Tribunal de Justiça são claras ao reconhecer a legitimidade da aplicação da comissão de permanência, uma vez caracterizada a inadimplência do devedor, contanto que não haja cumulação com índice de atualização monetária ou taxa de juros:

Súmula nº 30. A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

*Súmula nº 294. Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de **mercado** apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.*

Súmula nº 296. Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

A comissão de permanência, prevista na Resolução nº 1.129/1986 do BACEN, já traz embutida em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios e os encargos oriundos da mora. Quaisquer outros encargos decorrentes da mora (como, v.g. multa ou juros moratórios), não podem ser cumulados com a comissão de permanência, por configurarem verdadeiro *bis in idem*. Nesse sentido firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito econômico. Agravo no recurso especial. Ação revisional de contrato bancário. Comissão de permanência. Cumulação com outros encargos moratórios. Impossibilidade. - É admitida a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual. Agravo no recurso especial não provido.

STJ, 2ª Seção, AGREsp 706.368, Rel.Min. Nancy Andrichi, j. 27/04/2005, DJ 08/08/2005, p. 179

Agravo regimental. Recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Cumulação da comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual. Precedentes da Corte. 1. Confirma-se a jurisprudência da Corte que veda a cobrança da comissão de permanência com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de vedada a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 da Corte. 2. Agravo regimental desprovido.

STJ, 2ª Seção, AGREsp 712801, Rel.Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27/04/2005, DJ 04/05/2005, p. 154

CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO CONTRATUAL. RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVAÇÃO DO ERRO. DESNECESSIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. NÃO CUMULATIVIDADE COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão dos contratos é possível em razão da relativização do princípio pacta sunt servanda, para afastar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação. [...] 3. A comissão de permanência é admitida durante o período de inadimplemento contratual, não podendo, contudo, ser cumulada com qualquer dos demais encargos moratórios. 4. Agravo regimental improvido.

STJ, 4ª Turma, AGREsp 879268, Rel.Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 254

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. APRESENTAÇÃO PELA AUTORA DO CÁLCULO DISCRIMINADO DO DÉBITO ADEQUADO AOS PADRÕES LEGAIS. COMISSÃO DE PERMANENCIA ADMITIDA, SEM CUMULAÇÃO, TODAVIA, COM A CORREÇÃO MONETÁRIA E A "TAXA DE RENTABILIDADE". - Exigência da chamada "taxa de rentabilidade", presente na comissão de permanência, cuja exata qualificação jurídica está a depender da análise de estipulação contratual (Súmula n. 5 - STJ). - Admitida pela agravante que a "taxa de rentabilidade" é um dos elementos da comissão de permanência, resta claro ser indevida a cobrança cumulativa das duas parcelas. - Consoante assentou a Segunda Seção, a comissão de permanência abrange, além dos juros remuneratórios e da correção monetária, a multa e os juros de mora (AgRg no REsp n. 706.368-RS e 712.801-RS). - Agravo regimental improvido, com imposição de multa.

STJ, 4ª Turma, AgREsp 491437, Rel.Min. Barros Monteiro, j. 03/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 310

In casu, em caso de impontualidade, o contrato prevê a cobrança de comissão de permanência cuja taxa mensal será obtida pela composição da taxa de CDI, acrescida de taxa de rentabilidade mensal de 5% do 1º ao 59º dia de atraso, e de 2% a partir do 60º dia de atraso, além de juros de mora à taxa de 1% ao mês ou fração.

Entretanto, o exame dos discriminativos de débito revela que a atualização da dívida deu-se pela exclusão da comissão de permanência, substituindo-a por índices individualizados e não cumulados com atualização monetária, juros legais, juros de mora e multa por atraso.

Como bem se vê, inexistente cobrança de comissão de permanência no caso dos autos. Ademais, não há abusividade nos valores cobrados, portanto, observo que nos argumentos trazidos pela apelante, não vislumbro motivos para infirmar a r. sentença, razão pela qual impõe-se a sua manutenção.

Dispositivo

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

Assim, com fulcro no art. 85, § 2º, c.c. §11 do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INDEFERIMENTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUTOS ELETRÔNICOS. RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E DE RETORNO DISPENSADO. APLICABILIDADE DA REGRA DO ARTIGO 1.007, §3º DO CPC. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - EMPRÉSTIMO PJ COM GARANTIA FGO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO DÉBITO EM COBRO. APLICAÇÃO DO CDC - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INEXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA A JUSTIFICAR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. INCIDÊNCIA DA TABELA PRICE. FÓRMULA DE CÁLCULO DAS PRESTAÇÕES. JUROS OU ENCARGOS EXCESSIVOS OU ABUSIVOS. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. EXCLUÍDA DO CÁLCULO. ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA POR ÍNDICES INDIVIDUALIZADOS E NÃO CUMULADOS. HONORÁRIOS RECURSAIS. POSSIBILIDADE. VERBASUCUMBENCIAL MAJORADA.

1. A matéria já se encontra pacificada na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consolidado o entendimento de que não existe óbice a que o benefício da assistência judiciária gratuita seja deferido, desde que efetivamente evidenciada a situação de impossibilidade de atender às despesas do processo, porque inexistente a presunção de pobreza de pessoa jurídica. Súmula 481 do STJ.

2. A condição para o deferimento, portanto, é a efetiva comprovação da situação de impossibilidade de atender às despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção, não sendo suficiente a simples declaração.

3. A embargante, ora apelante, tão somente alega que "... se encontra atravessando complicada situação financeira...". Entretanto, não há nos autos qualquer documento contábil que demonstre a insuficiência de bens ou recursos financeiros, situação que não pode ser presumida. Nessa senda, a apelante não comprovou a sua impossibilidade financeira de litigar ao amparo da justiça gratuita. Assim, indefiro a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à requerente.

4. Conquanto os embargos à execução não estejam sujeitos às custas ordinárias, *ex vi* do disposto no art. 7º da Lei nº 9.289/96, tal não se aplica à taxa de porte de remessa e retorno, contudo, tratando-se de processo de autos eletrônicos, o recolhimento do porte de remessa e de retorno é dispensado, nos termos do art. 1.007, § 3º, do CPC/2015.

5. Poderá o juiz dispensar a produção probatória, quando os elementos coligidos forem suficientes para fornecer subsídios elucidativos do litígio, casos em que o julgamento da lide poderá ser antecipado e proferido até mesmo sem audiência, se configuradas as hipóteses do artigo 355 do CPC.

6. Deste modo, *in casu*, a decisão prolatada pelo Juízo *a quo*, valendo-se dos instrumentos legais supramencionados, bem como do seu livre convencimento motivado, acertadamente entendeu pela suficiência dos elementos probatórios, assim como pela dispensabilidade da produção das provas requeridas pela Apelante. Precedentes.

7. A controvérsia versada na lide cinge-se aos critérios legais utilizados para a apuração da dívida, os quais se encontram minuciosamente discriminados nos respectivos anexos que acompanham o contrato. Trata-se, portanto, de matéria meramente de direito, passível de julgamento antecipado. Precedentes.

8. Assim sendo, não merece guarida a alegação de imprescindibilidade da análise técnica requerida pela parte embargante, não havendo demonstração de prejuízo à parte ou violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

9. A cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial, nos termos do disposto nos artigos 28 e 29 da Lei nº 10.931/2004.

10. Os títulos executivos extrajudiciais são aqueles assim definidos por lei. No caso de cédula de crédito bancário representativa de contrato de empréstimo bancário, o título prevê o pagamento de valor certo, líquido e exigível, sendo em tudo análogo aos demais títulos executivos extrajudiciais previstos no CPC - Código de Processo Civil.

11. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.291.575-PR, sob o rito do artigo 543-C do CPC/73, firmou entendimento de que a cédula de crédito bancário, ainda que representativa de contrato de abertura de crédito em conta corrente constitui título executivo extrajudicial.

12. Há título executivo extrajudicial - contrato particular assinado pela devedora e avalistas, prevendo o pagamento de valor certo, líquido e exigível, de forma que estão satisfeitos os requisitos do artigo 784, III c/c 786 do CPC/2015, sendo cabível a ação de execução. Precedentes.

13. Quanto à alegação de ausência dos requisitos de validade dos títulos de créditos (liquidez, certeza e exigibilidade), observo que não procede tal assertiva, visto que os dados necessários para a obtenção do valor devido estão discriminados nas planilhas de demonstrativo de débito e de evolução da dívida acostados aos autos originários. Mesmo que haja o reconhecimento de ilegalidade de cláusulas do contrato executado, não torna ilíquido o título, possibilitando, apenas, a adequação da execução às alterações impostas por meio do devido ajuste do valor da execução ao montante subsistente. Precedente.

14. Destarte, no caso dos autos, tendo em vista que a execução apresenta título líquido, certo e exigível, bem como, acompanhada dos demonstrativos de débito e do saldo devedor demonstrado em planilhas de cálculo, há, portanto, título executivo extrajudicial a embasar a ação executiva. Ademais, não há de se falar em nulidade da execução por ausência do original do título executivo, tendo em vista que a CEF acostou aos autos executivos o contrato original devidamente subscrito.

15. Aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, nos termos da Súmula 297 do STJ. Essa proteção, porém, não é absoluta e deve ser invocada de forma concreta, comprovando a mutuária efetivamente a existência de abusividade das cláusulas contratuais ou de excessiva onerosidade da obrigação pactuada.

16. No caso dos autos, não se verifica hipossuficiência técnica a justificar a inversão do ônus da prova, na medida em que os fatos alegados pela autora restaram devidamente demonstrados pela prova constante na ação executiva, os quais foram rebatidos nos presentes embargos à execução.

17. No caso dos autos, o contrato foi firmado entre as partes em 26/01/2015 e prevê expressamente a forma de cálculo dos juros. Ainda que se entenda que o cálculo dos juros pela utilização da Tabela Price implica em capitalização, tratando-se de contrato bancário firmado posteriormente à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30/03/2000 (em vigor a partir da publicação no DOU de 31/03/2000), por diversas vezes reeditada, a última sob nº 2.170-36, de 23/08/2001, ainda em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, é lícita a capitalização dos juros, nos termos do artigo 5º. Precedente.

18. O sistema de amortização do saldo devedor pela utilização da Tabela Price não é vedado por lei. Além disso, é apenas uma fórmula de cálculo das prestações, em que não há capitalização de juros e, portanto, não há motivo para declarar a nulidade da cláusula questionada. Precedentes.

19. As instituições financeiras não estão sujeitas à limitação da taxa de juros, conforme entendimento de há muito firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 596.

20. No caso dos autos, não se verifica qualquer excesso ou abusividade nas cláusulas contratuais que fixam inicialmente os juros remuneratórios em 1,70000% ao mês. No sentido de que a mera estipulação de juros contratuais acima de 12% não configura abusividade, que somente pode ser admitida em situações excepcionais, firmou-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça.

21. Destarte, observa-se não haver qualquer irregularidade ou ilegalidade nos contratos firmados entre as partes, uma vez que quando a parte embargante contratou, sabia das taxas e tarifas aplicadas e das consequências do inadimplemento. Uma vez inadimplente, não podem agora ser beneficiada com taxas ou tarifas diferentes das contratadas, devendo ser respeitado o princípio do *pacta sunt servanda*.

22. As Súmulas n. 30, 294 e 296 do Superior Tribunal de Justiça já reconheciam a legitimidade da aplicação da comissão de permanência, uma vez caracterizada a inadimplência do devedor, contanto que não haja cumulação com índice de atualização monetária ou taxa de juros.

23. A comissão de permanência, prevista na Resolução nº 1.129/1986 do BACEN, já traz embutida em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios e os encargos oriundos da mora. Desse modo, nenhum encargo decorrente da mora (como, v.g. juros moratórios) pode ser cumulado com a comissão de permanência, por configurar verdadeiro *bis in idem*. Precedente.

24. *In casu*, em caso de impontualidade, o contrato prevê a cobrança de comissão de permanência cuja taxa mensal será obtida pela composição da taxa de CDI, acrescida de taxa de rentabilidade mensal de 5% do 1º ao 59º dia de atraso, e de 2% a partir do 60º dia de atraso, além de juros de mora à taxa de 1% ao mês ou fração.

25. Entretanto, o exame dos discriminativos de débito revela que a atualização da dívida deu-se pela exclusão da comissão de permanência, substituindo-a por índices individualizados e não cumulados com atualização monetária, juros legais, juros de mora e multa por atraso.

26. Como bem se vê, inexistente cobrança de comissão de permanência no caso dos autos. Ademais, não há abusividade nos valores cobrados, portanto, observa-se que nos argumentos trazidos pela apelante, não se vislumbram motivos para infirmar a r. sentença, razão pela qual impõe-se a sua manutenção.

27. Honorários majorados para 12% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, c.c. §11 do CPC/2015.

28. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e com fulcro no art. 85, § 2º, c.c. §11 do CPC/2015, majorou os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001787-63.2018.4.03.6002

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

APELANTE: VANDER CARBONARI, ANDREYA MARIA FERNANDES DOS SANTOS

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001787-63.2018.4.03.6002

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

APELANTE: VANDER CARBONARI, ANDREYA MARIA FERNANDES DOS SANTOS

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pela CEF contra Andréya Maria Fernandes dos Santos e Vander Carbonari sustentando que, na qualidade de agente gestor do Programa de Arrendamento Residencial, celebrou com os réus contrato de arrendamento residencial com opção de compra (Id 7447525 - Pág. 13), tomando-se os arrendatários inadimplente quanto às obrigações pactuadas, e que apesar de notificados extrajudicialmente, não promoveram o pagamento da dívida, nem desocuparam o imóvel, restando configurado o esbulho possessório. Postula a CEF pelo pagamento da taxa de arrendamento referentes ao período de novembro de 2001 a outubro de 2016, da taxa de condomínio referente ao período de fevereiro de 2011 a outubro de 2016 e do IPTU dos exercícios de 2013 a 2016, valores que chegam ao montante de R\$ 26.422,10.

Foi proferida sentença de procedência do pedido, condenando-se os réus ao pagamento dos encargos vencidos e vincendos e determinando a desocupação voluntária dos eventuais ocupantes do imóvel no prazo de 30 dias, sendo que decorrido este prazo sem desocupação expedir-se-á mandado de reintegração de posse. Os réus foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observados os termos do artigo 98, §3.º do Código de Processo Civil (Id 7447525 - Pág. 120).

Apela a parte ré, requerendo a atribuição de efeito suspensivo à apelação, requerendo seja autorizado o parcelamento da dívida tendo em vista o direito fundamental à moradia, a função social da posse e a boa-fé, sustentando que *“a ré não deixou de exercer a função social da propriedade, visto que os fatores que ensejaram o descumprimento do contrato foram alheios a sua vontade, qual seja problemas financeiros”*.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001787-63.2018.4.03.6002

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

APELANTE: VANDER CARBONARI, ANDREYA MARIA FERNANDES DOS SANTOS

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Conheço da apelação, recebendo-a somente no efeito devolutivo.

Isto porque uma vez que o comando previsto no artigo 1.012 do CPC dispõe como regra que as apelações têm efeito suspensivo, o parágrafo primeiro enumera, por outro lado, hipóteses que autorizam a imediata eficácia da sentença, dentre elas, aquela em que é confirmada, concedida ou revogada a tutela provisória (inciso V).

Na hipótese, verifica-se que a sentença de procedência concedeu a liminar, a justificar, portanto, o afastamento do efeito suspensivo da apelação interposta pelo réu.

Conquanto o art. 1.012, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil, autorize a suspensão da eficácia da sentença, 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, ao menos em uma análise perfunctória da presente ação de reintegração de posse verifico que o réu não demonstrou o preenchimento dos requisitos necessários, na hipótese, de maneira a justificá-lo.

Com efeito, conforme consignado na própria sentença, *“a lei é clara ao dispor que o não pagamento do valor acordado no arrendamento faz cessar para o arrendatário o direito à posse, configurando-se a sua permanência no imóvel como autêntico esbulho”*, que *“o não pagamento transmuda a posse justa em injusta, dando azo ao acolhimento da tese aventada na petição inicial, notadamente constatando-se que os requeridos forma devidamente notificados nos autos de medida cautelar de notificação n. 0001997-44.2014.403.6002”* e que *“constatado o inadimplemento e considerado o caráter social do Programa, fica caracterizado o esbulho possessório, autorizando-se o deferimento da medida de reintegração pleiteada”* (Id 7447525 - Pág. 119).

Assim, não vislumbro, em caráter liminar, a possibilidade de análise efetiva da probabilidade de provimento do recurso de apelação a autorizar a suspensão da eficácia da sentença.

Examino, a seguir, o mérito do recurso.

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse com pedido de liminar ajuizada pela CEF contra Andréya Maria Fernandes dos Santos e Vander Carbonari objetivando a concessão de provimento jurisdicional para garantir à autora, ora apelada, a reintegração de posse do imóvel, situado à Rua Arthur Frantz, n.º 1.620, casa 47 do Residencial Estrela Itajú, na cidade de Dourados – MS.

Afirmou a autora na petição inicial, em breve síntese, que a parte ré está inadimplente em relação às taxas de arrendamento vencidas no período de 11/2011 a 10/2016 no valor de R\$ 20.468,42, às taxas de condomínio vencidas no período de 02/2011 a 10/2016 no valor de R\$ 5.189,99 e em relação ao IPTU exercícios 2013 a 2015 e 10/2016 no valor de R\$ 763,69, totalizando R\$ 26.422,10. Todos os encargos são decorrentes do Contrato Particular de Arrendamento Residencial com Opção de Compra firmado pelas partes.

Sobreveio sentença de procedência do pedido, determinando-se a desocupação voluntária dos eventuais ocupantes do imóvel no prazo de 30 dias, sendo que decorrido este prazo sem desocupação seria deferida a liminar para determinar a expedição do mandado de reintegração de posse em favor da CEF.

A sentença deve ser mantida.

O Programa de Arrendamento Residencial (PAR) foi instituído pela Lei nº 10.188/2001 para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento Residencial Com Opção de Compra, competindo sua operacionalização à Caixa Econômica Federal.

Dispõe o artigo 9º da Lei n. 10.188/2001:

"Na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse."

Por sua vez, estabelece o contrato celebrado entre as partes:

"CLÁUSULA TERCEIRA - DO RECEBIMENTO E DA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL ARRENDADO - O imóvel objeto deste contrato ora recebido pelos ARRENDATÁRIOS, conforme Termo de Recebimento e Aceitação que passa a fazer parte integrante deste instrumento, será utilizado exclusivamente pelos ARRENDATÁRIOS para sua residência e de sua família, com a conseqüente assunção de todos os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel, tais como: Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, despesas com energia elétrica, água, taxas de iluminação pública, taxas de iluminação pública, taxas de limpeza urbana, taxas de condomínio, etc., incumbindo-lhe manter e perfeitas condições de habitabilidade do imóvel, assim como sua integridade física e conservação até a resolução do presente contrato" (Id 7447525 - Pág. 13).

Ressalto, ainda, que a cláusula décima nona, inciso I, prevê a hipótese de Rescisão do Contrato no caso de: "...descumprimento de quaisquer cláusulas ou condições estipuladas neste contrato" (Id 7447525 - Pág. 16).

A falta de pagamento das parcelas do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) autoriza a ordem de reintegração de posse. Além disso, não há que se falar na aplicação do Código de Defesa do Consumidor e violação aos princípios da ampla defesa, devido processo legal, igualdade e razoabilidade, porque a Apelante exerceu o contraditório e a legislação não prestigia a inadimplência.

Bem se vê, portanto, tratando-se de Arrendamento Residencial relacionado ao Programa de Arrendamento Residencial, a configuração do esbulho possessório decorre da Lei.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL COM OPÇÃO DE COMPRA. CESSÃO DE DIREITOS. OCUPAÇÃO POR TERCEIRO. ART. 9º DA LEI N. 10.188/2001. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO ESBULHO POSSESSÓRIO. AÇÃO PROCEDENTE.

I - O Contrato por Instrumento Particular de arrendamento residencial com Opção de Compra, tendo por objeto imóvel adquirido com recursos do PAR - Programa de arrendamento residencial é regulado pela Lei n. 10.188/2001.

II - A cessão irregular do imóvel é vedada expressamente pelas cláusulas terceira e décima nona do contrato.

III - A vedação da transferência ou cessão dos direitos decorrentes dos contratos, embora não esteja prevista expressamente na Lei 10.188/2001, se justifica pela necessidade de preservação da continuidade do programa, que foi criado justamente para ajudar estados e municípios a atenderem à necessidade de moradia da população de baixa renda e que vive em centros urbanos, bem como, evitar a especulação imobiliária, desvirtuando-se a intenção da lei.

IV - Dispõe o artigo 9º da referida lei que em havendo a inadimplência do arrendamento, findo o prazo da notificação, sem a devida regularização, fica caracterizado o esbulho possessório, legitimando a CEF a propor a ação de reintegração de posse.

V - Assim, a caracterização do esbulho possessório, in casu, decorre de expressa disposição legal que equipara o inadimplemento a uma das hipóteses de posse injusta previstas, contrario sensu, no art. 1.200 do Código Civil.

VI - Na hipótese de cessão de direitos relativos ao contrato, fica configurado esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse, por consistir uma das obrigações do arrendatário que ele reside no imóvel.

IV - Nos termos da Lei 10.188/2001, para tornar-se arrendatária a pessoa física precisa atender aos requisitos fixados pelos Ministério das Cidades, para então ser habilitada pela CEF, respeitando-se uma fila de espera de famílias cadastradas aguardando serem selecionadas.

V - Não se ignora a realidade social dos Apelantes, contudo, pela aquisição informal do imóvel tenho por certo que os mesmos não passaram pelo processo de seleção instituído pelo PAR.

VI - In casu, não há que se falar em conduta abusiva ou mesmo inconstitucional, consistente na ofensa ao direito social à moradia (CF, art. 6º), na medida em que a possibilidade de retomada do imóvel visa preservar a continuidade do programa, que foi criado justamente para ajudar estados e municípios a atenderem à necessidade de moradia da população de baixa renda e que vive em centros urbanos.

VII - Precedentes do C. STJ.

VIII - A ocupação do imóvel pelos Apelantes, ainda que irregular, mas como terceiros de boa-fé, o que se comprova pelo depósito judicial realizado nos autos, limita sua responsabilização pelos danos pretendidos pela CEF, cumulados pela sentença com a reintegração de posse do imóvel.

IX - Apelação provida em parte.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1926241 - 0016625-06.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 02/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2018)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. LEI 10.188/2001. INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. PARCELAS EM ATRASO. CONFIGURAÇÃO DO ESBULHO POSSESSÓRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE.

A controvérsia dos autos gira em torno da configuração do esbulho possessório diante da inadimplência do Requerido quanto as parcelas de arrendamento e condomínio do imóvel objeto de arrendamento residencial (PAR).

Voltando os olhos para o caso concreto, verifica-se que a Requerida foi devidamente constituída em mora acerca das parcelas inadimplidas, contudo, quedou-se inerte e deixou de quitar o débito pendente, não obstante ter demonstrado o interesse em uma composição, ensejando na rescisão do contrato, nos expressos termos da cláusula décima nova.

O artigo 9º da Lei 10.188/2001 contém regra específica acerca da notificação do arrendatário inadimplente a fim de purgar a mora. Findo o prazo da notificação, sem o pagamento dos encargos em atraso, fica caracterizado o esbulho possessório, legitimando a CEF a propor a ação de reintegração de posse.

Plenamente configurado, portanto, o esbulho possessório, legitimando a CEF a propor a presente ação de reintegração de posse, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 9º da Lei 10.188/2001 e artigo 927 do Código de Processo Civil/73.

A caracterização do esbulho possessório, in casu, decorre de expressa disposição legal que equipara o inadimplemento a uma das hipóteses de posse injusta previstas, contrario sensu, no art. 1.200 do Código Civil.

Não se cogita a ocorrência de cerceamento de defesa ou conduta abusiva por parte da CEF, na medida em que possibilidade de retomada do imóvel visa preservar a continuidade do programa, que foi criado justamente para ajudar estados e municípios a atenderem à necessidade de moradia da população de baixa renda e que vive em centros urbanos.

Nesse sentido, admitir que o arrendatário inadimplente permaneça na posse do imóvel arrendado atenta contra a função social do PAR, impedindo que outras pessoas necessitadas dele também possam participar.

Não prospera a tese da inconstitucionalidade, ou de violação da garantia de acesso à moradia, prevista no artigo 6º da Constituição Federal, porquanto a Lei 10.188 foi instituída exatamente com o intuito de permitir o acesso da população de baixa renda à moradia, de forma a efetivar os princípios constitucionais relativos à posse e propriedade, sem, entretanto, ofender o princípio da pacta sunt servanda e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que permite efetivamente a continuação do programa.

Muito embora seja consistente a jurisprudência dos Colendos Supremo Tribunal Federal (ADI 2591) e do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 297) pela aplicabilidade dos princípios do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, entendo que não se aplicam ao caso em tela as normas do Código de Defesa do Consumidor, conforme pretendem os Apelantes, a fim de desconstituir a validade das cláusulas contratuais que não tenham sido objeto de negociação e que tenham o condão de retomar o imóvel do arrendatário em caso de inadimplência.

O Programa de Arrendamento Residencial (PAR) é regido pelas disposições da Lei nº 10.188/2001, que contém regra específica acerca da notificação do arrendatário inadimplente a fim de purgar a mora. Findo o prazo da notificação, sem o pagamento dos encargos em atraso, fica caracterizado o esbulho possessório, legitimando a CEF a propor a ação de reintegração de posse.

Ainda que o agente operador do programa seja a Caixa Econômica Federal, conforme instituiu o artigo 1º, § 1º da referida legislação, o contrato em questão não tem a conotação de serviço bancário, justamente por consistir em programa habitacional custeado com recursos públicos.

A natureza adesiva das cláusulas do contrato de arrendamento não implica em sua nulidade. Não há contrariedade ao Código de Defesa do Consumidor; pois a reintegração encontra fundamento na própria Lei n. 11.118/01, de mesmo nível que a Lei n. 8.078/90.

Eventual relativização do princípio que garante a força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda) dependerá da comprovação de extrema onerosidade ao arrendatário e, em contrapartida, excessiva vantagem em favor do agente credor; nos termos do artigo 51, inciso IV, do CDC, o que não ocorreu no caso dos autos.

Deve se levar em conta, ainda, que a arrendatária teve plena ciência das cláusulas do contrato. O fato é que a requerida, no pleno gozo de sua capacidade civil, firmou contrato de arrendamento residencial em indubitável manifestação de livre consentimento e concordância com todas as condições e valores constantes em tal instrumento.

A Lei 10.188/2001 efetivamente permite a utilização de recursos do FGTS para quitação de contratos de financiamento habitacional.

Entretanto, a Apelante não demonstrou possuir saldo em sua conta vinculada ao FGTS suficiente a quitar a dívida do imóvel arrendado, a fim de afastar seu inadimplemento e, conseqüentemente obstar a reintegração de posse do imóvel.

Não é possível impor à CEF a aceitação das condições de parcelamento do débito propostas pelo devedor; haja vista o grande número de candidatos que aguardam oportunidade de inclusão no referido programa nas condições previstas na Lei 10.188/01.

Apelo não provido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1747662 - 0010814-47.2008.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 21/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). INADIMPLENTO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. *Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

2. *A alegada afronta à lei federal não foi demonstrada com clareza, caracterizando, dessa maneira, a ausência de fundamentação jurídica e legal, conforme previsto na Súmula nº 284 do STF.*

3. ***Este Tribunal Superior possui entendimento no sentido de que o inadimplemento das parcelas, nos contratos de arrendamento residencial, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.188/2001, autoriza o agente financeiro a ingressar com ação de reintegração de posse. Precedentes.***

4. *Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.*

(AgInt no REsp 1616353/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2018, DJe 03/10/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. DEMAIS TESES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. ***A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de ser cabível o ajuizamento de ação de reintegração de posse pela instituição financeira quando houver o inadimplemento de parcelas previstas em contrato de arrendamento residencial, nos termos da Lei n. 10.188/2001.***

2. *A Corte regional, além de não ter mencionado os dispositivos supostamente violados, não se manifestou sobre as demais teses, suscitadas apenas em embargos de declaração.*

3. *Nesse contexto, não tendo havido pronunciamento do Tribunal de origem sobre os pontos suscitados, tem-se que o prequestionamento, requisito viabilizador do recurso especial, não foi preenchido, o que impede o conhecimento da matéria por esta Corte Superior, nos termos do Enunciado n. 211/STJ.*

4. *Agravo interno desprovido.*

(AgInt no AREsp 1025321/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018)

Honorários advocatícios

Considerando que o recurso foi interposto sob a égide do CPC/2015, aplica-se o artigo 85 do referido diploma legal.

Ressalte-se, ainda, que, nos termos do Enunciado Administrativo nº 7, elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça para orientar a comunidade jurídica acerca da questão do direito intertemporal, tratando-se de recurso interposto contra decisão publicada posteriormente a 18/03/2016, é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/2015:

Enunciado administrativo número 7

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11, do novo CPC.

Assim, condeno a parte apelante ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais devem ser majorados, modificando-se o patamar originalmente arbitrado para o montante de 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC, observadas as condições do art. 98, § 3.º do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** à apelação.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. APELAÇÃO CÍVEL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. LEI 10.188/2001. INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. PARCELAS EM ATRASO. ESBULHO POSSESSÓRIO CONFIGURADO.

1. O Programa de Arrendamento Residencial (PAR) foi instituído pela Lei nº 10.188/2001 para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento Residencial Com Opção de Compra, competindo sua operacionalização à Caixa Econômica Federal. Artigo 9º da Lei n. 10.188/2001.

2. O contrato celebrado entre as partes dispõe em sua cláusula terceira: "*DO RECEBIMENTO E DA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL ARRENDADO. O imóvel objeto deste contrato ora recebido pelos ARRENDATÁRIOS, conforme Termo de Recebimento e Aceitação que passa a fazer parte integrante deste instrumento, será utilizado exclusivamente pelos ARRENDATÁRIOS para sua residência e de sua família, com a consequente assunção de todos os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel, tais como: Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, despesas com energia elétrica, água, taxas de iluminação pública, taxas de iluminação pública, taxas de limpeza urbana, taxas de condomínio, etc., incumbindo-lhe manter e perfeitas condições de habitabilidade do imóvel, assim como sua integridade física e conservação até a resolução do presente contrato*".

3. Por sua vez, a cláusula décima nona, inciso I, prevê a hipótese de Rescisão do Contrato no caso de: "*... descumprimento de quaisquer cláusulas ou condições estipuladas neste contrato*".

4. A falta de pagamento das parcelas do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) autoriza a ordem de reintegração de posse. Além disso, não há que se na aplicação do Código de Defesa do Consumidor e violação aos princípios da ampla defesa, devido processo legal, igualdade e razoabilidade, porque a Apelante exerceu o contraditório e a legislação não prestigia a inadimplência.

5. Tratando-se de Arrendamento Residencial relacionado ao Programa de Arrendamento Residencial, a configuração do esbulho possessório decorre da Lei.

6. Nesse sentido: *TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1926241 - 0016625-06.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 02/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2018, TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1747662 - 0010814-47.2008.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 21/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/08/2018, AgInt no REsp 1616353/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2018, DJe 03/10/2018 e AgInt no AREsp 1025321/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018.*

7. Havendo esbulho possessório, a sentença deverá ser mantida.

8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030849-78.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: EMPRESA DESENVOLV URBANO HABITACIONAL DE MARILIA EMDURB

Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANA CRISTINA ALEIXO DE SOUZA - SP354328-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por EMDURB - Empresa Municipal de Mobilidade Urbana de Marília, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau que deferiu a penhora dos valores decorrentes da aplicação de multas por infração de trânsito, titularizados pela empresa pública executada, bem como determinou à executada que, no prazo de 5 (cinco) dias, informasse ao Juízo, sob as penas da lei, as contas bancárias para as quais são destinados e depositados os valores referentes à aplicação de multas por infração de trânsito, titularizados pela empresa executada.

A parte agravante alega, em síntese, a impenhorabilidade das contas destinadas ao que se arrecada com as aplicações de multas de trânsito no município, uma vez que a lei dá destinação específica ao montante arrecadado, inviabilizando qualquer programação diversa daquela preestabelecida, consoante o artigo 320 do Código de Trânsito Brasileiro.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada, para suspender a penhora que recairá sobre as contas da executada.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Com tais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030559-63.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: SILVIO ALBERTIN LOPES - MS19819-A
AGRAVADO: MARIA JOSE DINIZ DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: MURILO BARBOSA CESAR - MS11750-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal, com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau que indeferiu o seu pedido de ingresso no presente feito, que visa ao reparo de danos decorrentes de vícios construtivos em face da Seguradora ré.

A parte agravante alega, em síntese, o interesse do FCVS e a legitimidade ativa da Caixa Econômica Federal, bem como a constitucionalidade da Lei n.º 13.000/14. Sustenta, ainda, o interesse da Caixa em ingressar nos feitos mesmo em relação aos contratos celebrados antes da Lei n.º 7.682 de 02 de dezembro de 1988.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada, para, com fulcro na Lei n.º 12.409/11, reconhecer o interesse da Caixa no feito, mantendo o processo na Justiça Federal ou, caso não seja admitida a sua intervenção na qualidade de substituta processual da Seguradora, requer sua admissão na condição de assistente simples.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Com tais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030817-73.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE CARLOS DE SOUZA TEIXEIRA - RS86784B-B
AGRAVADO: SERGIO MASSAO WATANABE
INTERESSADO: FREDERICO JOSE OLMEDO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal (Fazenda Nacional), com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau que determinou a expedição de carta de arrematação e a entrega do bem arrematado, sob o fundamento de que o deferimento do parcelamento administrativo é presumido e que a falta de assinatura do termo de parcelamento não importa em nulidade da avença, mas apenas em sua rescisão antecipada.

A parte agravante alega, em síntese, que no âmbito da execução fiscal subjacente, foi arrematado o veículo Honda Civic placa IAI-3360 por R\$ 21.200,00, tendo sido depositado o valor de R\$ 4.240,00. O arrematante, contudo, ficou-se inerte, deixando decorrer *in albis* o prazo para assinatura do Termo de Parcelamento, restando este indeferido. Desta feita, sustenta a ineficácia da arrematação, com a consequente pena de perdimento dos valores já pagos, tratando-se, pois, de hipótese legal de não pagamento. Salienta, outrossim, a má-fé do arrematante, que "*utilizou-se do mesmo modus operandi nos autos da execução fiscal nº 0002906-42.2017.4.03.6112*".

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada, para declarar a ineficácia da arrematação, bem como a aplicação da pena de perdimento dos valores já pagos.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Comtais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017649-04.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO DIAS DOS SANTOS - MS19564, LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO - MS7684-A

AGRAVADO: HEITOR PINTO DE ARRUDA JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fundação Habitacional do Exército em face da decisão interlocutória que declinou da competência em favor da Justiça Federal da Subseção de Brasília/DF, considerando a existência de cláusula e eleição de foro estipulando o Foro da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal como o único competente para questões relacionadas à contratação.

A parte agravante alega, em síntese, a violação aos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, uma vez que não lhe foi oportunizado se manifestar sobre o declínio de competência. Sustenta, ademais, a impossibilidade de declínio da competência relativa de ofício.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido.

Sem contraminuta.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, não vislumbro a ocorrência de violação à vedação prevista nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o Juízo *a quo* apreciou as questões ora suscitadas nos embargos de declaração opostos pela agravante.

No mérito, assiste razão à parte agravante.

Com efeito, a presente demanda é fundada em direito pessoal, devendo ser proposta, em regra, no foro de domicílio do réu, nos termos do artigo 46 do Código de Processo Civil.

Neste contexto, não obstante a existência de cláusula de eleição de foro, por se tratar de hipótese de competência relativa, não pode ser declarada de ofício, a teor da Súmula nº 33 do STJ (“*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*”), devendo ser suscitado em preliminar de contestação pelo réu.

Neste sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ/SP EM FACE DO JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP, EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PROPOSTA PELA CEF, NO FORO DE DOMICÍLIO DOS EXECUTADOS, TENDO SIDO ESTABELECIDO NO CONTRATO FORO DE ELEIÇÃO. Ainda que existindo cláusula contratual indicando como competente o foro de Mauá, tratando-se a hipótese de competência relativa, há que ser aplicado o enunciado da Súmula 33, do STJ: "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício", não estando presentes as hipóteses de supressão de órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, que autorizam o deslocamento da competência (art. 43, do NCPC). Conflito de competência procedente.”

(TRF3, CC 5002613-19.2019.4.03.0000, 1ª Seção, Juiz Federal Convocado JOSE FRANCISCO DA SILVA NETO, DJe 12/06/2019)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DE DÍVIDA DERIVADA DO INADIMPLEMENTO DE CONTRATO BANCÁRIO FIRMADO ENTRE AS PARTES. COMPETÊNCIA RELATIVA. DECLÍNIO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NÃO OBSERVADA POR OCASIÃO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA.

1. Conflito de competência suscitado pelo Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo, tendo como suscitado o Juízo da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo, em ação monitoria ajuizada pela Caixa Econômica Federal pela qual se pretende o pagamento de dívida derivada do inadimplemento de contrato bancário firmado entre as partes.

2. Cuidando-se de hipótese de competência relativa, não se admite o declínio de competência sem provocação da parte contrária.

3. É bem verdade que se colhe que o contrato cogitado na lide de origem contém cláusula de eleição, estipulando o foro da Seção Judiciária onde a parte mantiver conta junto à instituição financeira.

4. No entanto, como se trata de competência relativa, não se admite o declínio de ofício (artigo 64 do Código de Processo Civil/2015), sendo necessária a arguição pela parte contrária. Essa, aliás, a inteligência sedimentada na Súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça ("A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício").

5. O artigo 43 do CPC/2015 dispõe sobre a denominada perpetuatio jurisdictionis. Não se verificando na espécie hipótese de supressão de órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, inviável a redistribuição do feito empreendida prematuramente pelo suscitado, mesmo em face da existência de cláusula de eleição de foro. Precedentes desta Corte (AI 00111688620144030000 e CC 00038574420144030000).

6. Conflito de competência julgado procedente.”

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5001119-56.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 19/06/2018, Intimação via sistema DATA: 28/06/2018)

Ante ao exposto, com fulcro no artigo 932, inciso V, do Código de Processo Civil, **dou provimento ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno interposto.**

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032414-77.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: FAST INNOVATION SOLUCOES LTDA, DANIEL SILVA DO NASCIMENTO, MARIA FLAURA SILVA DO NASCIMENTO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO ALVES CARVALHO - SP261981

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO ALVES CARVALHO - SP261981

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRO ALVES CARVALHO - SP261981

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Fast Innovation Soluções Ltda., Daniel Silva do Nascimento e Maria Flaura Silva do Nascimento* contra decisão que, em sede de execução de título extrajudicial, indeferiu o benefício da justiça gratuita.

As partes agravantes alegam, em síntese, que não possuem condições de arcar com as custas do processo. Ademais, relatam que "Ao receber o pedido, o MM juiz "a quo", sem dar oportunidade aos agravantes de comprovarem suas situações financeiras, acabou por indeferir o pedido de gratuidade."

Pleiteiam a reforma da r. decisão. Pugnam pela concessão de efeito suspensivo.

É o relatório.

DECIDO.

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

*"RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ARTIGO 4º DA LEI Nº 1.060 /50 VIOLAÇÃO. I - Só se conhece do recurso especial pela alínea c, se o dissídio jurisprudencial estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno desta Corte, com a descrição da similitude fática e os pontos divergentes das decisões. II - Inadmissível recurso especial quanto à questão que deixou de ser apreciada pelo tribunal de origem (Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal). **III - Afirmada a necessidade da justiça gratuita, não pode o órgão julgador declarar deserto o recurso sem se pronunciar sobre o pedido de gratuidade. Caso indeferida a assistência judiciária, deve-se abrir à parte requerente oportunidade ao preparo.** Recurso especial provido." (REsp 440.007/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 363)*

Outrossim, assim dispõe o Novo Código de Processo Civil:

Art. 99 (...)

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

Passo, assim, ao exame do mérito do recurso.

A justiça gratuita, de acordo com o artigo 4º e § 1º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece as normas para a sua concessão, será concedida "*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*", presumindo-se "*pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais*".

Entretanto, a r. decisão recorrida se deu já sob a égide do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) que, conforme seu artigo 1.072, inciso III, restou revogado o artigo 4º da Lei n. 1.060/50.

Diante disso, grande parte da matéria ali disposta, no que concerne à gratuidade judiciária, passou a ser tratada no Código de Processo Civil, nos artigos 98 e seguintes.

No presente caso, impende destacar o disposto no artigo 98, *caput*, e §3º do artigo 99, *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.

Art. 99. (...) §3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Da interpretação desses dispositivos, depreende-se a positivação do quanto previsto na Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, "*faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*".

Para tanto, impende colacionar alguns dos precedentes que deram origem à referida súmula:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS/ENTIDADE FILANTRÓPICA. 1.- "A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10." (AgRg nos EREsp 1.103.391/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, da Corte Especial, julgado em 28/10/2010, DJe 23/11/2010) 2. - Agravo Regimental improvido (STJ, AgRg no AGRAVO EM RESP Nº 126.381 - RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 24/04/2012, DJe 08/05/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. FUNDAÇÃO HOSPITALAR DE CUNHO FILANTRÓPICO E ASSISTENCIAL. JUSTIÇA GRATUITA NÃO CONCEDIDA. MISERABILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA. QUESTÃO RECENTEMENTE APRECIADA PELA CORTE ESPECIAL. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM O ACÓRDÃO EMBARGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168 DO STJ. EMBARGOS AOS QUAIS SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. 1. O fato de ter havido, em juízo prelibatório, inicial admissibilidade do processamento dos embargos de divergência não obsta que o Relator, em momento posterior, com base no art. 557 do Código de Processo Civil, negue seguimento ao recurso em decisão monocrática. 2. "A egr. Corte Especial, na sessão de 02.08.2010, passou a adotar a tese já consagrada STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedente: EREsp nº 603.137/MG, Corte Especial, de minha relatoria, DJe 23.08.10." (AgRg nos EREsp 1103391/RS, CORTE

ESPECIAL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe de 23/11/2010). 3. Incidência do verbete sumular n.º 168 do STJ, in verbis: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 833.722, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 12/05/2011, DJe 07/06/2011) (grifos nossos).

Assim, para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica.

Em relação à pessoa jurídica, referida benesse lhe é extensível, porém a sistemática é diversa, pois o ônus da prova é da requerente, admitindo-se a concessão da justiça gratuita, desde que comprove, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. Essa é a *ratio decidendi* presente nesses precedentes e que ensejaram a edição da súmula supracitada.

No caso em apreço, verifica-se que, em que pese os documentos juntados nos embargos à execução n. 5017575-80.2019.4.03.6100 (ID 23457027) não serem passíveis de visualização neste Tribunal, o benefício em questão foi deferido para as pessoas físicas:

“Petição de ID nº 23457027 – Concedo aos embargantes DANIEL SILVA DO NASCIMENTO e MARIA FLAURA SILVA DO NASCIMENTO os benefícios da Justiça Gratuita. Anote-se.

No tocante à empresa FAST INNOVATION SOLUÇÕES LTDA não restou cabalmente comprovada a situação de hipossuficiência, motivo pelo qual indefiro a concessão do referido benefício”

Desta feita, por ora, verifico que há indícios da precariedade da condição econômica dos agravantes pessoas físicas a justificar a concessão de assistência judiciária gratuita.

No entanto, no que tange à pessoa jurídica, não verifico presentes os requisitos. Isto porque, a parte alega que não lhe foi dada oportunidade para comprovar sua situação financeira, fato este que não condiz com o andamento do feito. Conforme despacho ID 23094625 foi concedido prazo de 15 dias para a juntada de documentos, porém os agravantes restaram inertes (ID 24546191).

“Petição de ID nº 22907712 – Concedo o prazo de 15 (quinze) dias para que os executados comprovem o preenchimento dos pressupostos legais atinentes à gratuidade da justiça, nos termos do disposto no artigo 99, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, acostando aos autos demonstrativos de pagamentos de salário, declaração de renda, ou qualquer outro documento que seja apto a demonstrar a insuficiência de recursos financeiros.”

“Face à não comprovação dos dos pressupostos legais, indefiro os benefícios da gratuidade judiciária.”

Neste contexto, não há comprovação da precariedade da condição econômica da agravante pessoa jurídica que justifique a concessão do pedido.

Comtais considerações, **defiro em parte** o efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030349-12.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: CAIXA SEGURADORA S/A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ DO REGO MONTEIRO TAVARES PEREIRA - SP344647-S, BRUNA TALITA DE SOUZA BASSAN - SP281753

AGRAVADO: ALCIDES FERREIRA, CELINA APARECIDA TORQUATO JUNQUEIRA, MARCO ANTONIO RODRIGUES, MARIA REGINA DE ARAUJO

Advogado do(a) AGRAVADO: JORGE LUIZ CARNEIRO CARREIRA - SP271759-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JORGE LUIZ CARNEIRO CARREIRA - SP271759-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JORGE LUIZ CARNEIRO CARREIRA - SP271759-A

Advogado do(a) AGRAVADO: JORGE LUIZ CARNEIRO CARREIRA - SP271759-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Caixa Seguradora S/A, com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau que reconheceu a inexistência de interesse jurídico e econômico da CEF para o deslinde do feito, em relação às coautoras Celina Aparecida Torquato Junqueira e Mara Regina de Araújo.

A parte agravante alega, em síntese, que o FCVS é responsável pela garantia de todas as apólices celebradas antes de 24/06/1988, período em que sequer havia as apólices privadas, razão pela qual a CEF é parte legítima para figurar no feito.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Com tais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017822-28.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO DIAS DOS SANTOS - MS19564, LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO - MS7684-A

AGRAVADO: EVERALDO JOSE MONTEIRO DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVADO: ALCINDO CARDOSO DO VALLE JUNIOR - MS7610

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fundação Habitacional do Exército em face da decisão interlocutória que declinou da competência em favor da Justiça Federal da Subseção de Brasília/DF, considerando a existência de cláusula e eleição de foro estipulando o Foro da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal como o único competente para questões relacionadas à contratação.

A parte agravante alega, em síntese, a violação aos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, uma vez que não lhe foi oportunizado se manifestar sobre o declínio de competência. Sustenta, ademais, a impossibilidade de declínio da competência relativa de ofício.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido.

Sem contraminuta.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, não vislumbro a ocorrência de violação à vedação prevista nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o Juízo *a quo* apreciou as questões ora suscitadas nos embargos de declaração opostos pela agravante.

No mérito, assiste razão à parte agravante.

Com efeito, a presente demanda é fundada em direito pessoal, devendo ser proposta, em regra, no foro de domicílio do réu, nos termos do artigo 46 do Código de Processo Civil.

Neste contexto, não obstante a existência de cláusula de eleição de foro, por se tratar de hipótese de competência relativa, não pode ser declarada de ofício, a teor da Súmula nº 33 do STJ (“*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*”), devendo ser suscitado em preliminar de contestação pelo réu.

Neste sentido:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ/SP EM FACE DO JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP, EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PROPOSTA PELA CEF, NO FORO DE DOMICÍLIO DOS EXECUTADOS, TENDO SIDO ESTABELECIDO NO CONTRATO FORO DE ELEIÇÃO. Ainda que existindo cláusula contratual indicando como competente o foro de Mauá, tratando-se a hipótese de competência relativa, há que ser aplicado o enunciado da Súmula 33, do STJ: “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”, não estando presentes as hipóteses de supressão de órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, que autorizam o deslocamento da competência (art. 43, do NCPC). Conflito de competência procedente.”

(TRF3, CC 5002613-19.2019.4.03.0000, 1ª Seção, Juiz Federal Convocado JOSE FRANCISCO DA SILVA NETO, DJe 12/06/2019)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO MONITÓRIA PARA COBRANÇA DE DÍVIDA DERIVADA DO INADIMPLENTO DE CONTRATO BANCÁRIO FIRMADO ENTRE AS PARTES. COMPETÊNCIA RELATIVA. DECLÍNIO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NÃO OBSERVADA POR OCASIÃO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA.

1. Conflito de competência suscitado pelo Juízo da 25ª Vara Federal Cível de São Paulo, tendo como suscitado o Juízo da 3ª Vara Federal de São Bernardo do Campo, em ação monitoria ajuizada pela Caixa Econômica Federal pela qual se pretende o pagamento de dívida derivada do inadimplemento de contrato bancário firmado entre as partes.

2. Cuidando-se de hipótese de competência relativa, não se admite o declínio de competência sem provocação da parte contrária.

3. *É bem verdade que se colhe que o contrato cogitado na lide de origem contém cláusula de eleição, estipulando o foro da Seção Judiciária onde a parte mantiver conta junto à instituição financeira.*

4. *No entanto, como se trata de competência relativa, não se admite o declínio de ofício (artigo 64 do Código de Processo Civil/2015), sendo necessária a arguição pela parte contrária. Essa, aliás, a inteligência sedimentada na Súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça ("A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício").*

5. *O artigo 43 do CPC/2015 dispõe sobre a denominada perpetuatio jurisdictionis. Não se verificando na espécie hipótese de supressão de órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, inviável a redistribuição do feito empreendida prematuramente pelo suscitado, mesmo em face da existência de cláusula de eleição de foro. Precedentes desta Corte (AI 00111688620144030000 e CC 00038574420144030000).*

6. *Conflito de competência julgado procedente."*

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5001119-56.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUFY FILHO, julgado em 19/06/2018, Intimação via sistema DATA: 28/06/2018)

Ante ao exposto, com fulcro no artigo 932, inciso V, do Código de Processo Civil, **dou provimento ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno interposto.**

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030685-16.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: ADELINO ANTONIO DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: BEBEL LUCE PIRES DA SILVA - SP128137

AGRAVADO: SULAMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVADO: CLAUDIA VIRGINIA CARVALHO PEREIRA DE MELO - PE20670-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Adelino Antonio de Oliveira, com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau que reconheceu a falta de interesse jurídico da CEF nas ações em que se discute seguro habitacional no âmbito do SH/SFH.

A parte agravante alega, em síntese, que conforme o precedente firmado pela decisão proferida no RE 827.996, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, submetida à sistemática da repercussão geral, existe a possibilidade de interesse jurídico da CEF, o que atrairia a competência da Justiça Federal, independentemente da data da assinatura do contrato de financiamento. Desta feita, considerando que o presente feito versa sobre matéria idêntica a do tema 1011 - em repercussão geral, pleiteia a anulação da r. decisão agravada, para que não produza seus efeitos, sobrestando o processo até a conclusão do julgamento do tema 1011.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Comtais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024635-71.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: CAMPINAS EMPREENDIMIENTOS ESPORTIVOS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO PEREIRA VITORIO FILHO - PE44865, BRENO PESSOA

MARQUES DA SILVA - PE30696, MANOEL BURGOS NOGUEIRA FILHO - PE31201, LAILA BARROS DE ARAUJO - PE36708

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Campinas Empreendimentos Esportivos Ltda em face da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de medida liminar objetivando a suspensão da exigibilidade da contribuição social prevista no artigo 1º da LC 110/01, que prevê a alíquota de 10% (dez por cento), devida nos casos de despedida de empregado sem justa causa, incidente sobre o montante de todos os depósitos devidos referentes ao FGTS.

A parte agravante sustenta, em síntese, o direito de efetuar o depósito judicial do montante integral do crédito tributário para fins de suspensão de sua exigibilidade.

Pleiteia, assim, a reforma da r. decisão agravada, para o deferimento da medida liminar, com a suspensão da exigibilidade dos valores de contribuição social a alíquota de 10% (dez por cento) sobre o saldo de FGTS, instituída pelo artigo 1º da LC 110/01, a serem depositados judicialmente a partir da impetração do *writ*, com base no artigo 151, inciso II, do CTN.

A antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferida.

Manifestação da parte agravada concordando com o pedido da parte agravante, "*uma vez que o depósito judicial em dinheiro e integral está inserido entre as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, inciso II, do CTN e Súmula nº 112/STJ)*".

É o relatório.

DECIDO.

Sobre a matéria dos autos, dispõe o artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

II - o depósito do seu montante integral;”

Outrossim, a Lei n.º 6.830/80 prevê que:

“Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

I - na Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-lei n.º 1.737, de 20 de dezembro de 1979, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias;

II - na Caixa Econômica ou no banco oficial da unidade federativa ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias.

§ 1º - Os depósitos de que trata este artigo estão sujeitos à atualização monetária, segundo os índices estabelecidos para os débitos tributários federais.

§ 2º - Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.”

Neste contexto, infere-se que o depósito do montante integral é direito subjetivo do contribuinte para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, consoante expressamente previsto em lei, devendo ser efetuado na forma do artigo 32 da Lei n.º 6.830/80.

Neste sentido, inclusive, já decidiu o STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, no sentido da possibilidade do contribuinte efetuar o depósito do montante integral do crédito tributário, até mesmo antes da propositura da ação, para fins de suspensão de sua exigibilidade e para impedir a eventual propositura de ação de execução fiscal:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.

1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública. (Precedentes: REsp 885.246/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/08/2010; REsp 1074506/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/09/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1108852/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009; AgRg no REsp 774.180/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; REsp 807.685/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006; REsp 789.920/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 06/03/2006; REsp 601.432/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 28/11/2005; REsp 255.701/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 09/08/2004; REsp 174.000/RJ, Rel.

Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 25/06/2001; REsp 62.767/PE, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUARIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/1997, DJ 28/04/1997; REsp 4.089/SP, Rel. Ministro GERALDO SOBRAL, Rel. p/ Acórdão MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/1991, DJ 29/04/1991; AgRg no Ag 4.664/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/1990, DJ 24/09/1990) 2. É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.

3. O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito: a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuação; b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição; c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.

4. Os efeitos da suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral do crédito exequendo, quer no bojo de ação anulatória, quer no de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, ou mesmo no de mandado de segurança, desde que ajuizados anteriormente à execução fiscal, têm o condão de impedir a lavratura do auto de infração, assim como de coibir o ato de inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, a qual, acaso proposta, deverá ser extinta.

5. A improcedência da ação antiexacional (precedida do depósito do montante integral) acarreta a conversão do depósito em renda em favor da Fazenda Pública, extinguindo o crédito tributário, consoante o comando do art. 156, VI, do CTN, na esteira dos ensinamentos de abalizada doutrina, verbis: "Depois da constituição definitiva do crédito, o depósito, quer tenha sido prévio ou posterior, tem o mérito de impedir a propositura da ação de cobrança, vale dizer, da execução fiscal, porquanto fica suspensa a exigibilidade do crédito. (...) Ao promover a ação na anulatória de lançamento, ou a declaratória de inexistência de relação tributária, ou mesmo o mandado de segurança, o autor fará a prova do depósito e pedirá ao Juiz que mande cientificar a Fazenda Pública, para os fins do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Se pretender a suspensão da exigibilidade antes da propositura da ação, poderá fazer o depósito e, em seguida, juntando o respectivo comprovante, pedir ao Juiz que mande notificar a Fazenda Pública. Terá então o prazo de 30 dias para promover a ação. Julgada a ação procedente, o depósito deve ser devolvido ao contribuinte, e se improcedente, convertido em renda da Fazenda Pública, desde que a sentença de mérito tenha transitado em julgado" (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 27ª ed., p. 205/206).

6. In casu, o Tribunal a quo, ao conceder a liminar pleiteada no bojo do presente agravo de instrumento, consignou a integralidade do depósito efetuado, às fls. 77/78: "A verossimilhança do pedido é manifesta, pois houve o depósito dos valores reclamados em execução, o que acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de forma que concedo a liminar pleiteada para o fim de suspender a execução até o julgamento do mandado de segurança ou julgamento deste pela Turma Julgadora."

7. A ocorrência do depósito integral do montante devido restou ratificada no aresto recorrido, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor, in verbis: "O depósito do valor do débito impede o ajuizamento de ação executiva até o trânsito em julgado da ação. Consta que foi efetuado o depósito nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela agravante, o qual encontra-se em andamento, de forma que a exigibilidade do tributo permanece suspensa até solução definitiva. Assim sendo, a Municipalidade não está autorizada a proceder à cobrança de tributo cuja legalidade está sendo discutida judicialmente."

8. In casu, o Município recorrente alegou violação do art. 151, II, do CTN, ao argumento de que o depósito efetuado não seria integral, posto não coincidir com o valor constante da CDA, por isso que inapto a garantir a execução, determinar sua suspensão ou extinção, tese insindivável pelo STJ, mercê de a questão remanescer quanto aos efeitos do depósito servirem à fixação da tese repetitiva.

9. Destarte, ante a ocorrência do depósito do montante integral do débito exequendo, no bojo de ação antiexacional proposta em momento anterior ao ajuizamento da execução, a extinção do executivo fiscal é medida que se impõe, porquanto suspensa a exigibilidade do referido crédito tributário.

10. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, REsp 1140956/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03/12/2010)

Por fim, saliento que a parte agravada manifestou a sua concordância como o pleito da agravante.

Desta feita, deve ser provido o presente recurso, para reconhecer a suspensão da exigibilidade da exação em discussão pelo depósito de seu montante integral, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN.

Ante o exposto, **com fulcro no artigo 932, inciso V, do Código de Processo Civil, dou provimento ao agravo de instrumento**, nos termos da fundamentação.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032975-04.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: FABIO JUAREZ SPINOLA BARBOSA, REGIANE ALVES MONTEIRO
Advogado do(a) AGRAVANTE: VICTOR HUGO HANGAI - PR76919-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: VICTOR HUGO HANGAI - PR76919-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Fábio Juarez Spinola Barbosa e Regiane Alves Monteiro contra decisão que, em sede de “ação ordinária”, indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Os agravantes sustentam, em síntese, que passaram por um período de dificuldades financeiras, o que ocasionou o inadimplemento das parcelas do contrato firmado com a agravada. Aduzem a possibilidade de purgar a mora. Informam que os dois leilões realizados foram infrutíferos.

Pleiteiam a reforma da r. decisão para a suspensão do procedimento extrajudicial. Pugnam pela antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

DECIDO.

No caso em tela, os agravantes visam a suspensão do procedimento extrajudicial da Lei 9.514/97, notadamente a alienação do imóvel a terceiros.

A r. decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos:

“Inferre-se de documentos trazidos autos consistentes em matrícula, bem como contrato firmado entre as partes, que os autores deram o imóvel em alienação fiduciária em favor da Credora Caixa Econômica Federal e em decorrência de descumprimento contratual, decorrido o prazo para purgação da mora, ocorreu a consolidação da propriedade fiduciária do imóvel em questão em favor da instituição financeira, consoante estabelece o artigo 26 da Lei nº 9.514/97.”

Destarte, considerando o expresse reconhecimento de descumprimento do financiamento imobiliário e a inexistência de demonstração de que houve, por parte da Caixa Econômica Federal, desrespeito ao procedimento previsto na Lei n.º 9.514/97, legítima a execução do contrato, não se evidenciando, de plano, qualquer mácula capaz de impedir a realização do leilão extrajudicial ou de seus efeitos.

Posto isso, defiro a gratuidade e indefiro a tutela de urgência.”

Pois bem

Cumpra salientar que o pedido de suspensão do processo de execução e do leilão deve ser acompanhado da demonstração pelo devedor de seus argumentos e ser fundado na aparência do bom direito.

Com efeito, para a purgação da mora é necessário que a parte agravante proceda ao depósito dos valores incontroversos e controversos do contrato de financiamento, com encargos legais e contratuais, arcando o devedor com as despesas decorrentes, até a data limite para purgação da mora. Ocorre que, compulsando os autos de origem, não há informações de que houve depósito em juízo ou efetivo pagamento das parcelas em atraso.

Ressalte-se que a possibilidade de purgar a mora não pode servir de fundamento para que o devedor, conscientemente, postergue o adimplemento da dívida, de maneira que exorbite à razoabilidade.

Ademais, infere-se que a r. decisão fundamentou-se no fato de que não restou presente o *fumus boni iuris*, em razão de que não foram demonstradas, de plano, irregularidades no contrato ou descumprimento das regras contidas na Lei 9.514/97.

Desta feita, em que pese ter demonstrado o interesse na continuidade do contrato firmado, os agravantes não juntaram aos autos nenhum documento que comprove o valor da dívida ou, realizaram depósito em juízo para demonstrar a intenção de purgar a mora.

Sendo assim, numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada.

Com tais considerações, **indefiro** a antecipação de tutela pleiteada.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5004263-38.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: JENNIFER COUTINHO FABRI
Advogado do(a) AGRAVANTE: MIGUEL DARIO DE OLIVEIRA REIS - SP111133-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a agravada a oferecer resposta aos embargos de declaração.

No silêncio, retornem conclusos,

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5030556-11.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: SILVIO ALBERTIN LOPES - MS19819-A
AGRAVADO: IRMADOS SANTOS ASSMANN
Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON GOMES MATTOS JUNIOR - PR52350-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal, com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau que indeferiu o pedido da ora agravante, na condição de representante do FCVS, de ingresso no presente feito, que visa à reparação de danos por vícios construtivos em face da Seguradora ré.

A parte agravante alega, em síntese, o interesse do FCVS e a legitimidade ativa da Caixa Econômica Federal, bem como a constitucionalidade da Lei n.º 13.000/14. Sustenta, ainda, a sua legitimidade em ingressar nos feitos mesmo em relação aos contratos celebrados antes da Lei n.º 7.682, de 02 de dezembro de 1988.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada, para, com fulcro na Lei n.º 12.409/11, reconhecer o interesse da Caixa no feito, mantendo o processo na Justiça Federal, ou, caso não seja admitida a sua intervenção na qualidade de substituta da Seguradora, requer sua admissão na condição de assistente simples.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Comtais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por HNR Industria e Comercio Representações Ltda. contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de preexecutividade.

A agravante sustenta, em síntese, a nulidade dos títulos que embasam a ação de execução fiscal, por inobservância ao disposto no art. 202 do Código Tributário Nacional, não oferecendo os elementos necessários para que o contribuinte possa apurar a liquidez e certeza do crédito tributário exequendo. Neste contexto, aduz a inexigibilidade do título executivo e requer o desbloqueio do valor de R\$ 22.449,51 que restou penhorado.

Pleiteia a reforma da r. decisão. Pugna pela concessão de antecipação da tutela.

É o relatório.

DECIDO.

No caso em tela, a parte agravante pleiteia a reforma da r. decisão, sob o fundamento de ausência dos requisitos do título executivo.

Pois bem

Cumprido frisar que a exceção de preexecutividade consiste na possibilidade do executado de intervir no curso da execução, comunicando a existência de óbice para o prosseguimento do processo.

Assim, a exceção de pré-executividade - admitida por construção doutrinário-jurisprudencial - opera-se quanto às matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz que versem sobre questão de viabilidade da execução - liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais - dispensando-se, nestes casos, a garantia prévia do juízo para que essas alegações sejam suscitadas.

O processo de execução tem como objetivo a satisfação do crédito do exequente, mediante a expropriação de bens do devedor. Comporta a execução extrema rigidez em favor do credor, vez que garante ao título a presunção de liquidez e certeza, a ser afastada pelo devedor, que o fará por meio dos embargos ao devedor.

Contudo, diante da possibilidade de promoção de execução desprovida de sua causa fundamental, é dizer, diante da invalidade do título executivo, não parece coerente compelir o executado nessas hipóteses - restritas, convém mencionar - a garantir o juízo para, somente depois, poder apresentar defesa. É nesse contexto que se vislumbra a exceção de pré-executividade.

Ainda, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça tem ampliado o rol de matérias arguíveis pela via da exceção de pré-executividade, incluindo, além daquelas já citadas, qualquer questão que possa ser conhecida de plano, sem a necessidade de dilação probatória.

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.

No caso concreto, não há indícios de que as CDAs não preenchem, a contento, os requisitos exigidos pelos artigos 202 do CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

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.

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.

Neste sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. NÃO COMPROVAÇÃO. MULTA. LEGALIDADE. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. 1. A produção de provas visa à formação do juízo de convicção do juiz, nos termos do art. 130 do CPC, descabendo a alegação de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa pelo indeferimento de prova pericial. 2. A jurisprudência interpreta de forma extensiva o art. 649, VI, do CPC, sendo aplicável a figura da impenhorabilidade apenas aos bens essenciais ao funcionamento de empresas de pequeno porte. Não tendo a parte alegado e/ou comprovado a qualidade de empresa de pequeno porte, não há que acolher a alegação de impenhorabilidade dos bens penhorados no feito executivo. 3. **A dívida ativa regularmente inscrita é dotada de presunção juris tantum de certeza e liquidez, só podendo ser afastada por prova inequívoca. A CDA, ao indicar os fundamentos legais referentes ao débito exequendo, viabiliza ao executado o conhecimento da dívida, sua origem, sua natureza e a forma de calcular os encargos presentes, atendendo, assim, aos seus requisitos legais.** 4. Tratando-se de débitos confessados pelo próprio contribuinte, (DCTF, GFIP, declaração de rendimentos, etc.), dispensa-se a figura do ato formal de lançamento, tornando-se exigíveis, a partir da formalização da confissão, os respectivos créditos, podendo ser os mesmos, inclusive, inscritos em dívida ativa independentemente de procedimento administrativo. 5. Não há falar em nulidade da multa aplicada por falta de procedimento administrativo, pois o percentual está em conformidade com a lei, não têm caráter confiscatório, e atende às finalidades educativas e de repressão da conduta infratora. 6. A Taxa Selic tem incidência nos débitos tributários, por força da Lei 9.065/95, não existindo qualquer vício na sua incidência.

(TRF4, AC 2001.71.08.009367-7, Segunda Turma, Relator Otávio Roberto Pamplona, D.E. 06/02/2008)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INSS. MÉDICOS CONTRATADOS COMO AUTÔNOMOS. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA NÃO ILIDIDA. SENTENÇA REFORMADA.

1. O artigo 19 da Lei nº 8.870/94 que exige o depósito do valor da dívida está com a eficácia suspensa por força da medida cautelar deferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na ADIN 1074-94/DF.

2. A dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Artigo 204 do CTN e artigo 3º da LEF.

3. A presunção relativa da inscrição deve ser combatida por prova em contrário inequívoca, clara e evidente, não bastando o executado alegar a inexistência do fato gerador ou afirmar que houve a realização do pagamento.

4. Nos termos do artigo 195 da Constituição Federal, em sua redação original, considerando que a dívida é anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, a Seguridade Social será financiada, entre outras fontes, por recursos provenientes das contribuições sociais dos empregadores incidentes sobre a folha de salários dos empregados.

5. Empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza contínua a empregador, sob dependência deste e mediante salário. Autônomo é a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não. Artigo 3º da CLT.

6. A figura do autônomo é diversa da do empregado pela ausência de subordinação.

7. Na situação em apreço, apenas os profissionais contratados como "autônomos" trabalham no hospital, permitindo concluir que sem eles o hospital não funcionaria.

8. Os médicos foram contratados para exercer a própria atividade-fim do estabelecimento, o que, por si só, configura a relação empregatícia.

9. Os médicos prestam os serviços de assistência médica de forma permanente nas dependências do apelante, devendo obedecer a certos horários, conforme se depreende das cláusulas do convênio firmado, o que conduz ao reconhecimento da existência de liame empregatício entre os médicos e a apelante, para fins de incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração.

10. Não há qualquer óbice para o reconhecimento do vínculo pela entidade autárquica para efeito de recolhimento de contribuição previdenciária, em razão do previsto no artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

11. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas. Inversão do ônus da sucumbência. Prejudicada a apelação da embargante.

(TRF 3ª Região, AC 0054583-62.1995.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar DJU 31/08/2006, p. 272)

Assim sendo, em um exame sumário dos fatos adequado a esta fase processual, não verifico presentes os requisitos para a concessão do efeito pleiteado.

Diante do exposto, **indeferro** a antecipação da tutela recursal.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013206-78.2017.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ASSOC DOS USUARIOS DO CENTRO COMUNITURB DE REG FEIJO, MUNICIPIO DE REGENTE FEIJO

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 23 de dezembro de 2019

Destinatário: AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ASSOC DOS USUARIOS DO CENTRO COMUNITURB DE REG FEIJO, MUNICIPIO DE REGENTE FEIJO

O processo nº 5013206-78.2017.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 11/02/2020 14:00:00

Local: Sala de Sessão da 1ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009202-86.2012.4.03.6102

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, CLEYBE APARECIDA MATTOS ROSSINI

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL ALTAFIN GALLI - SP192643

APELADO: ROBERTO MATTOS ROSSINI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, CLEYBE APARECIDA MATTOS ROSSINI

Advogado do(a) APELADO: RAFAEL ALTAFIN GALLI - SP192643

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 0009593-52.2009.4.03.6100

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogados do(a) APELANTE: RENATO VIDAL DE LIMA - SP235460-A, JANETE SANCHES MORALES DOS SANTOS - SP86568-A

APELADO: MARIA APARECIDA ROCHA DOS SANTOS, FERNANDA RIBEIRO GONCALVES, ROGERIO BOAVENTURA

Advogado do(a) APELADO: GRACINO OLIVEIRA RESSURREICAO - SP110139

Advogado do(a) APELADO: GRACINO OLIVEIRA RESSURREICAO - SP110139

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias n° 01/2016 e n.º 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 0002189-27.2007.4.03.6000

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: JOSE ALCEU CACERES ESCOBAR

Advogado do(a) APELANTE: REGINA PAES DE MATTOS - MS5286

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001560-89.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: CONDOMINIO FLAMBOYANTI

Advogado do(a) APELADO: GIANCARLO TEIXEIRA DE LIMA E SOUZA - SP356696

Interessado: PAULO ROBERTO BASSO

NAZARETE APARECIDA MODESTO BASSO

Advogado do interessado: HELIO FERREIRA CALADO SP99889

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 0036849-29.1993.4.03.6100

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, UNIAO FEDERAL, ANA ALICE SILVEIRA CORREA, ANTONIO CARLOS PEREIRA, CARLOS AFONSO DA SILVEIRA ROCHA, FERNANDO CINTRA DE BARROS FILHO, LEONARDO ONGARO, ODAIR DALLE PIAGE, PAULO MOTTA SILVEIRA CORREA, PAULO ROBERTO FERNANDES PINHEIRO, RAFAEL DUARTE FAVERO, REINALDO DA SILVA PRADO

Advogado do(a) APELANTE: OLIVIA FERREIRA RAZABONI - SP220952-A

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

APELADO: FERNANDO CINTRA DE BARROS FILHO, CARLOS AFONSO DA SILVEIRA ROCHA, ANA ALICE SILVEIRA CORREA, LEONARDO ONGARO, ANTONIO CARLOS PEREIRA, RAFAEL DUARTE FAVERO, REINALDO DA SILVA PRADO, PAULO ROBERTO FERNANDES PINHEIRO, PAULO MOTTA SILVEIRA CORREA, ODAIR DALLE PIAGE, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, UNIAO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO BARBOSA NEVES - SP17996

Advogado do(a) APELADO: OLIVIA FERREIRA RAZABONI - SP220952-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e n.º 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 5003907-50.2017.4.03.6120

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

APELANTE: TRIANGULO ALIMENTOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: LEANDRO PROSPERO - SP173899-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subseqüentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e n.º 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 0003324-62.2012.4.03.6109

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: MARIA HELENA TEIXEIRA RODRIGUES BRANCO

Advogado do(a) APELANTE: ORLANDO FARACCO NETO - SP174922-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTERESSADOS: ALCIDES RODRIGUES BRANCO JUNIOR, DENICE PINTO, PAULO MOCHO ROSA, WALDECYD RUVAYLONOFRE

Advogados dos INTERESSADOS: ORLANDO FARACCO NETO - SP174922-A, ALMIR GOULART DA SILVEIRA - SP111026, DONATO ANTONIO DE FARIAS - SP112030

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subseqüentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001224-92.2011.4.03.6102

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: JOANA FERREIRA DE FARIAS, ZELIA MARIA BECHARA, ORLEYDE PAULA ASSED, OSVAIR POLITANO, ODAIR FUGINAMI, PAULO FRANCO MARTINS, PAULO TEIXEIRA, RODOVALDO LINO JORGE, RAUL DE PAULA PEREZ, SILEIA FARIAS DE MOURA

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

Advogado do(a) APELANTE: JOSE DE PAIVA MAGALHAES - SP49801

APELADO: UNIAO FEDERAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subseqüentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003438-24.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES

APELANTE: THERMAS DE EPITACIO

Advogado do(a) APELANTE: PAULO HENRIQUE LOPES BATISTA - SP194257-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Interessado: EDSON JACOMOSSO ESPÓLIO

Representante: ANGELO CESAR FERNANDES JACOMOSSO

Advogado do interessado: PAULO HENRIQUE LOPES BATISTA - SP194257

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0003140-12.2012.4.03.6108

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: DELLA COLETTA BIOENERGIAS/A, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS HIDEO MOURA MATSUNAGA - SP174341-A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

APELADO: SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL SENAR, SEBRAE, AGENCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL - APEX-BRASIL, DELLA COLETTA BIOENERGIAS/A, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Advogado do(a) APELADO: JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A
Advogado do(a) APELADO: BRUNA CORTEGOSO ASSENCIO - SP317487-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO RODRIGUES DA SILVA - DF26982
Advogado do(a) APELADO: MARCOS HIDEO MOURA MATSUNAGA - SP174341-A
Advogado do(a) APELADO: JOSE BENEDITO DE ALMEIDA MELLO FREIRE - SP93150-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e nº 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002082-16.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: SOGEFI SUSPENSION BRASIL LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: BARBARA STEFANIA DE CAMPOS ZANETI - SP312820-A, FERNANDO LOESER - SP120084-A, FABIO EDUARDO NASCIMENTO CAMARGO - SP406338-A, LETICIA SCHROEDER MICHELUCCI - SP139985-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI, SOGEFI SUSPENSION BRASIL LTDA., FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A
Advogados do(a) APELADO: FABIO EDUARDO NASCIMENTO CAMARGO - SP406338-A, FERNANDO LOESER - SP120084-A, LETICIA SCHROEDER MICHELUCCI - SP139985-A, BARBARA STEFANIA DE CAMPOS ZANETI - SP312820-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subsequentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e n.º 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0013766-57.2012.4.03.9999

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

REPRESENTANTE: FAZENDA NACIONAL

Erro de interpretação na linha: '

#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

':java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaAutoridade cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

APELADO: FIBRIA CELULOSE S/A

SUCEDIDO: FLORIN SERVICOS FLORESTAIS S C LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARCIO NASCIMENTO DOS SANTOS - SP168714

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Sem prejuízo da intimação anterior, dá-se ciência às partes de que o processo em epígrafe foi incluído na pauta de julgamentos do **dia 11 de fevereiro de 2020, às 14 horas**, a ser realizada em **ambiente exclusivamente eletrônico**. Na mesma sessão ou nas subseqüentes poderão ser julgados processos adiados ou constantes de pautas já publicadas.

A partir da ciência deste ato de comunicação, ficam as partes intimadas, por seus procuradores, a manifestar, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual discordância quanto à forma de julgamento **em sessão não presencial**, nos termos das Portarias nº 01/2016 e n.º 01/2019, da Presidência da Segunda Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, advertindo-as de que a objeção deverá ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com vista à retirada de pauta ou adiamento do julgamento.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003630-29.2012.4.03.6142

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLORADO VIDRACARIA BOX E ESQUADRIAS LINS LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: LUIZ SILVA FERREIRA - SP110710-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003630-29.2012.4.03.6142
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLORADO VIDRACARIA BOX E ESQUADRIAS LINS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUIZ SILVA FERREIRA - SP110710-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal ajuizados por **Colorado Vidracaria Box e Esquadrias Lins Ltda. EPP.**

O juízo *a quo* reconheceu a inexistência de prescrição para o caso vertente, haja vista que a adesão ao parcelamento, com a posterior rescisão, acarretou na interrupção e suspensão da exigibilidade do crédito tributário e, também do prazo prescricional, razão pela qual não se configura a mencionada causa extintiva da obrigação tributária.

Porém, Sua Excelência, entendeu que os recolhimentos realizados posteriormente à exclusão do parcelamento devem ser abatidos do valor da dívida exequenda, utilizando-se dos mesmos critérios de correção da dívida da Fazenda Pública Federal.

A apelante alega, em síntese, que não há respaldo jurídico que delimite o abatimento da dívida combatida nos presentes autos, através dos pagamentos efetuados no âmbito do parcelamento e, após a exclusão daquele. Devendo o contribuinte requerer a repetição do indébito pelas vias próprias, mantendo-se a dívida exatamente tal qual lançada na certidão de inscrição.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003630-29.2012.4.03.6142
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COLORADO VIDRACARIA BOX E ESQUADRIAS LINS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUIZ SILVA FERREIRA - SP110710-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Embora os pagamentos efetuados pelo contribuinte tenham ocorridos posteriormente à exclusão do parcelamento, é plenamente possível a compensação de ofício pela administração tributária, nos termos do quanto já sedimentado pela jurisprudência e definidas pelo Decreto-Lei nº 2.287/86.

O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado através do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou que o procedimento de compensação *ex officio* apenas não pode ocorrer nas situações em que o crédito tributário encontrava-se suspenso. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). ART. 535, DO CPC, AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI N. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI N. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º E PARÁGRAFOS DO DECRETO N. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA (ART. 151, DO CTN).

1. Não macula o art. 535, do CPC, o acórdão da Corte de Origem suficientemente fundamentado.

2. O art. 6º e parágrafos, do Decreto n. 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12, da IN SRF 21/1997; art. 24, da IN SRF 210/2002; art. 34, da IN SRF 460/2004; art. 34, da IN SRF 600/2005; e art. 49, da IN SRF 900/2008), extrapolaram o art. 7º, do Decreto-Lei n. 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114, da Lei n. 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, do CTN (v.g. débitos incluídos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). Fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º, do art. 6º, do Decreto n. 2.138/97. Precedentes: REsp. Nº 542.938 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18.08.2005; REsp. Nº 665.953 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.12.2006; REsp. Nº 1.167.820 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.08.2010; REsp. Nº 997.397 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.03.2008; REsp. Nº 873.799 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.8.2008; REsp. n. 491342 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2006; REsp. Nº 1.130.680 - RS Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.10.2010.

3. No caso concreto, trata-se de restituição de valores indevidamente pagos a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ com a imputação de ofício em débitos do mesmo sujeito passivo para os quais não há informação de suspensão na forma do art. 151, do CTN. Impõe-se a obediência ao art. 6º e parágrafos do Decreto n. 2.138/97 e normativos próprios.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.”

(REsp 1213082/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 18/08/2011)

No caso dos autos, em razão do contribuinte já estar excluído do parcelamento, não há como se reputar como suspenso o crédito tributário em debate nos presentes autos.

Reforce-se que o procedimento de compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública, não havendo espaço para que o fisco não o realize. Neste sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o precedente:

“TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. DÉBITOS DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.213.082/PR. APLICAÇÃO.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a possibilidade de compensação de créditos de Imposto de Renda com débitos de Taxa de Ocupação pelo fato de a referida "taxa" não possuir natureza tributária.

2. No termos do entendimento firmado no Recurso Especial 1.213.082/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/08/2011, julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC, "fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º, do art. 6º, do Decreto n. 2.138/97".

3. "Ressalte-se que a citada legislação, precisamente o art. 7º do Decreto-lei n. 2.287/86 (tanto na antiga como na atual redação dada pela Lei n. 11.196/2005), não faz distinção quanto à necessidade de que os débitos do contribuinte sejam de natureza tributária ou não, mas apenas assevera a hipótese de débitos do sujeito passivo em relação à Administração Pública Federal" (REsp 1.257.042/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/10/2011).

4. Como o Tribunal a quo afirmou a impossibilidade de compensação de forma prejudicial e não analisou as demais alegações do agravante que afastariam a possibilidade de cobrança da Taxa de Ocupação, os autos deverão retornar à origem para exame dos argumentos sobre os quais não se pronunciou.

5. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg no REsp 1437676/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 20/06/2014)

Destarte, não há reforma a ser realizada na r. sentença combatida, devendo a administração tributária abater dos valores estampados na certidão de inscrição em dívida ativa, aqueles recolhidos pelo contribuinte posteriormente à exclusão do parcelamento.

Finalmente, traz-se julgamento de caso semelhante realizado por este E. Tribunal Regional Federal:

“PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. PAGAMENTO DE PARCELAS APÓS A EXCLUSÃO. REPETIÇÃO. INCABIMENTO. DÉBITOS FISCAIS EM ABERTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 174, IV, DO CTN. APLICAÇÃO.

- Pretende o demandante a restituição de suposto indébito tributário decorrente do recolhimento de valores a título de parcelamento após a sua exclusão do aludido benefício fiscal.

- Apreciando a questão, o Juízo a quo julgou improcedente o pleito, ao entendimento de que os pagamentos efetivados não são indevidos, considerando a inoccorrência da prescrição dos créditos tributários a que se referem, nos termos do artigo 174, IV, do CTN, não havendo, portanto, que se falar em direito à restituição dos valores pagos após a exclusão do autor do parcelamento.

- Acerca da restituição de valores pagos indevidamente, dispõe o artigo 165 do CTN que "o sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (...)"

- Na espécie, o demandante possuía débitos tributários inscritos em Dívida Ativa da União que foram incluídos no programa de parcelamento previsto na Lei nº 10.684/2003 - PAES, sendo certo, porém, que em 05/09/2006, houve o cancelamento do aludido parcelamento, por inadimplemento e, em que pese tal fato, o demandante continuou a recolher as parcelas até julho/2013 cujos valores pretende, agora, repetir; com fulcro no inciso I do artigo 165 acima transcrito.

- Conforme se extrai do aludido dispositivo, a restituição de indébito tributário se faz possível nas hipóteses em que o contribuinte efetua o pagamento de tributo indevido ou em valor maior que o devido, o que, evidentemente, não é o caso dos autos, onde o pagamento efetuado diz respeito a tributo efetivamente devido e inscrito em Dívida Ativa da União e que foi objeto de parcelamento.

- Certo que o cancelamento administrativo do parcelamento em virtude de inadimplemento desobrigaria o beneficiário a continuar efetuando o recolhimento das parcelas devidas. No entanto, uma vez realizados os pagamentos que, repise-se, referem-se a créditos tributários devidos, não há que se excogitar em repetição, mesmo por que não se trata, propriamente, de indébito tributário.

- A se entender de modo diverso, teríamos a esdrúxula situação de a Fazenda Pública ter que restituir ao seu devedor parte dos valores pagos do tributo por ele devido em razão, exclusivamente, de o recolhimento ter sido realizado a título de parcelamento. Desse modo, os valores recolhidos deverão ser, à toda evidência, servir para abatimento de parte da dívida.

- O argumento da apelante no sentido de ser ilegal e imoral que a apelada enriqueça ilicitamente com valores que foram pagos por engano pelo apelante, mostra-se manifestamente desarrazoado.

- Deveras, ilegalidade e imoralidade haveria se fosse permitido ao contribuinte, devedor confesso do Fisco, restituir-se de valores enquanto pendentes inúmeros débitos fiscais em seu nome, locupletando-se, portanto, à custa do erário. Não por outro motivo, para se evitar situações tais, o Decreto-Lei nº 2.287/86 previu a compensação ex officio, de modo que, mesmo que se considerassem os recolhimentos efetuados pelo demandante como indébito tributário, os valores deveriam ser utilizados para o abatimento da sua dívida fiscal.

- No que diz respeito à alegação do demandante/apelante, no sentido de que os valores recolhidos não poderiam ser deduzidos dos débitos remanescentes, na medida em que esses estariam prescritos, a mesma não comporta acolhimento.

- Como bem destacado na sentença recorrida, não há que se falar, in casu, em prescrição, ex vi das disposições do artigo 174, IV, do CTN, segundo o qual a prescrição se interrompe por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

- Nesse contexto, o recolhimento, pelo demandante/apelante, das parcelas referentes ao crédito tributário incluído no programa de parcelamento constitui em reconhecimento do débito, não havendo, portanto, que se falar no advento da prescrição, nos termos do dispositivo supra.

- O fato de ter sido reconhecida a prescrição de parte dos débitos fiscais de responsabilidade do demandante, conforme informado às fls. em nada há de influir na presente sede, na medida em que, além de existirem outros débitos pendentes, eventual reconhecimento de prescrição intercorrente haverá de ser realizado nos respectivos executivos fiscais, e não na presente via.

- *Apelação a que se nega provimento.*”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2093696 - 0019604-04.2013.4.03.6100, Rel. JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, julgado em 21/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/10/2016)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. PAGAMENTOS POSTERIORES À EXCLUSÃO. ABATIMENTO NA DÍVIDA EXEQUENDA. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO EX OFFICIO. ATO VINCULADO DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Embora os pagamentos efetuados pelo contribuinte tenham ocorridos posteriormente à exclusão do parcelamento, é plenamente possível a compensação de ofício pela administração tributária, nos termos do quanto já sedimentado pela jurisprudência e definidas pelo Decreto-Lei nº 2.287/86.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado através do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou que o procedimento de compensação *ex officio* apenas não pode ocorrer nas situações em que o crédito tributário encontrava-se suspenso.

3. No caso dos autos, em razão do contribuinte já estar excluído do parcelamento, não há como se reputar como suspenso o crédito tributário em debate nos presentes autos.

4. Reforce-se que o procedimento de compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública, não havendo espaço para que o fisco não o realize. Neste sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça.

5. Destarte, não há reforma a ser realizada na r. sentença combatida, devendo a administração tributária abater dos valores estampados na certidão de inscrição em dívida ativa, aqueles recolhidos pelo contribuinte posteriormente à exclusão do parcelamento.

6. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005346-42.2006.4.03.6000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EDER MOREIRA BRAMBILLA, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ ROJAS LUBE - MS11901
APELADO: EDER MOREIRA BRAMBILLA, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: DIEGO LUIZ ROJAS LUBE - MS11901
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0005346-42.2006.4.03.6000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EDER MOREIRA BRAMBILLA, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ ROJAS LUBE - MS11901
APELADO: EDER MOREIRA BRAMBILLA, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: DIEGO LUIZ ROJAS LUBE - MS11901
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Éder Moreira Brambilla** em face da **União**, objetivando a anulação do Acórdão nº 2.598/2003, do Tribunal de Contas da União, que julgou irregular as contas decorrentes do Convênio nº 748/97, firmado entre a ré e o município de Corumbá/MS, e que condenou o autor a restituir aos cofres públicos o montante de R\$ 20.204,51 (vinte mil, duzentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), bem como a pagar multa pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A tutela antecipada foi indeferida.

Ao final, o MM. Juíza *quo* julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento de verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais).

O Ministério Público Federal se manifestou pela improcedência do pedido.

A União apelou, sustentando, em síntese, que os honorários advocatícios foram fixados de forma irrisória, e devem, portanto, ser majorados para, no mínimo, R\$ 6.000,00 (seis mil reais), valor equivalente a 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa.

O autor interpôs apelação adesiva, alegando, em suma, que:

- a) a dispensa da licitação não ocorreu por mera liberalidade, dolo ou má-fé, mas por razões concretas e urgentes somadas a parecer jurídico da Procuradoria do Município;
- b) o sobrepreço ocorrido pela alta do dólar não tinha como ser previsto e, por isso, não pode ser imputado ao apelante, da mesma maneira, deve-se levar em consideração o fato de que a aquisição do produto pela segunda vez trouxe economicidade aos cofres públicos, já que o preço final foi mais barato do que da primeira vez;
- c) a Prefeitura Municipal de Corumbá realizava a concentração dos recursos recebidos em conta única, seguindo o mesmo procedimento adotado pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão do Decreto-Lei nº 17/79, mas que, posteriormente, diante dos problemas apontados pelos órgãos de controle, o Município passou a gerir as verbas dos convênios com a abertura de conta específica, sanando eventuais irregularidades;
- d) o convênio não exigia a aquisição do produto de uma só vez, ainda que os recursos tivessem sido liberados na integralidade, razão pela qual não houve nenhum prejuízo causado pelo apelante e o Ministério da Saúde aprovou as contas, com ressalvas;
- e) a multa aplicável ao gestor municipal, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.443/92, exige a comprovação de dano ao erário, não presente na hipótese dos autos, de modo que deve ser anulada.

Com contrarrazões do autor, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da e. Dra. Eugênia Augusta Gonzaga, requereu o desprovimento da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005346-42.2006.4.03.6000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EDER MOREIRA BRAMBILLA, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ ROJAS LUBE - MS11901
APELADO: EDER MOREIRA BRAMBILLA, UNIÃO FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: DIEGO LUIZ ROJAS LUBE - MS11901
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada por Éder Moreira Brambilla em face da União, objetivando a anulação do Acórdão nº 2.598/2003, do Tribunal de Contas da União, que julgou irregular as contas decorrentes do Convênio nº 748/97, firmado entre a ré e o município de Corumbá/MS, e que condenou o autor a restituir aos cofres públicos o montante de R\$ 20.204,51 (vinte mil, duzentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), bem como a pagar multa pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Narra a exordial que o autor foi Prefeito do Município de Corumbá/MS, entre os anos de 1998 e 2002, tendo firmado com o Ministério da Saúde o Convênio nº 748/97, cujo objeto era a implementação e continuidade do programa "Leite é Saúde", instituído para prestar atendimento aos desnutridos e às gestantes em risco nutricional, mediante a aquisição e distribuição gratuita de leite em pó e óleo de soja à população carente daquela municipalidade.

O autor sustenta que os recursos transferidos pelo Governo Federal, no valor de R\$ 165.810,24 (cento e sessenta e cinco mil, oitocentos e dez reais e vinte e quatro centavos), foram depositados em conta bancária específica para essa finalidade e posteriormente remetidos para conta única da Prefeitura Municipal, com vistas a otimizar a gestão financeira das verbas públicas.

Alega, ainda, a inexistência de irregularidades na prestação de contas, pois o TCU teria deixado de considerar o parecer jurídico da Procuradoria do Município, quando proferiu decisão administrativa no sentido de reconhecer a execução parcial das metas do convênio, vindo a condenar o autor à restituição de valores aos cofres públicos, bem como ao pagamento de multa pecuniária.

Pois bem. O Tribunal de Contas da União - TCU é o órgão de controle externo do Governo Federal e auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade.

O TCU é responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Segundo o artigo 71, VI e VIII, da Constituição Federal, compete a esse órgão fiscalizar a aplicação dos recursos repassados pela União a Municípios, mediante convênio, bem como aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei. *In verbis*:

"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário."

O e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as decisões proferidas pelo TCU *"(...) têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência não vincula a atuação do Poder Judiciário, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88 (...)"* (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1032732 2008.00.35941-6, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/12/2009).

Sucedo que, embora a decisão do Tribunal de Contas da União seja passível de revisão judicial, o autor não trouxe aos autos qualquer elemento que permita desconstituir as conclusões firmadas pela Corte de Contas.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente desta Terceira Turma:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. RESSARCIMENTO. IRREGULARIDADES APURADAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONSTRUÇÃO DO FÓRUM TRABALHISTA DE SÃO PAULO. I - Afastada a prescrição, à luz do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que estabelece expressamente a imprescritibilidade das pretensões voltadas ao ressarcimento de dano causado ao Erário, como é o caso. II - Inexistente nulidade da sentença ou a negativa de prestação jurisdicional, pois, ao contrário do sustentado pelo recorrente, o Juízo a quo entendeu que a multa aplicada ao embargante foi precedida de regular processo administrativo, sem que se tenha constatado a ocorrência de vícios de legalidade ou moralidade e que não lhe caberia pronunciar-se sobre a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame (mérito administrativo). III - Afastada a ilegitimidade passiva ad causam, pois, na condição de Presidente da Comissão de Licitação, a ele competia fiscalizar a regularidade da destinação do dinheiro público destinado à execução da obra. Ao assumir a função de Presidente da Comissão, tornou-se o gestor do dinheiro público, de forma que não há falar em ilegitimidade passiva. Ostenta inegavelmente a condição de responsável pela boa e regular aplicação desses valores, conforme preveem os art. 70, parágrafo único, e 71, II, ambos da Constituição Federal de 1988. IV - Inexiste afronta à coisa julgada formal e material pelo acórdão do TCU, pois o instituto da coisa julgada é próprio de decisões judiciais e não de atos administrativos, ainda que emanados da Corte de Contas. Eventual reavaliação de anterior aprovação de contas, que culmina em nova decisão, não retira desta última a liquidez, certeza e exigibilidade, pois à Administração, inclusive ao TCU, é viabilizada a revisão de seus atos, aplicando-se o princípio da autotutela, especialmente em casos como o presente, que versa a respeito de ressarcimento de danos causados ao Erário, sobretudo porque inexistente prescrição ou decadência na defesa de interesse público. V - Improsperável a aduzida falta de interesse de agir da União porquanto, da reavaliação de anterior aprovação de contas pelo TCU, resultou na apuração de irregularidade na prestação de contas e, por conseguinte, da aplicação de multa prevista nos artigos 57 e 58, da Lei nº 8.443/1992, cuja execução se afigura legítima. VI - **Independentemente de figurar como órgão auxiliar do Poder Legislativo, é inegável que o controle da Administração Pública exercido pelo TCU tem natureza essencialmente administrativa, de tal sorte que seus atos são passíveis de controle jurisdicional, como quaisquer outros atos administrativos.** VII - **Conquanto passível de revisão judicial da decisão do Tribunal de Contas da União, o recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento que permita desconstituir as conclusões firmadas pela Corte de Contas.** VIII - A multa aplicada resultou da apuração técnica de irregularidades na gestão de recursos públicos, após acurada análise do Relatório de Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que tinha por objetivo a compatibilização entre os programas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo. IX - A concessão do benefício de assistência judiciária gratuita deve ser auferida ante a demonstração da impossibilidade da parte de suportar os encargos do processo, o que não parece configurar-se no presente caso, ante o conjunto fático e as peculiaridades que compõem a lide e que servem a embasar o convencimento do magistrado. X - Subsistência integral da exigibilidade, liquidez e certeza do título executivo. XI - Apelo improvido". (ApCiv 0000419-92.2004.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/04/2013.) (grifei)

Isto porque, no caso em apreço, a documentação acostada aos autos comprova a existência de diversas irregularidades na execução do Convênio nº 748/97, tais como a transferência indevida de recursos do convênio para a conta única da Prefeitura, a dispensa indevida do procedimento licitatório e o descumprimento das metas estabelecidas em decorrência da aquisição de leite em pó em quantidade menor do que a contratada.

Com efeito, depreende-se que os recursos destinados à implementação e à continuidade do "Programa de Atendimento aos Desnutridos e às Gestantes em Risco Nutricional" foram liberados em três parcelas: duas de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil) nas datas de 17.03.1998 e 17.04.1998, e uma de R\$ 55.810,24 (cinquenta e cinco mil, oitocentos e dez reais e vinte e quatro centavos) na data de 18.05.1998, cujos valores foram transferidos, de forma indevida, para a conta única da Prefeitura Municipal de Corumbá/MS, sendo utilizados em despesas correntes.

De acordo com a Instrução Normativa nº 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, em vigor à época dos fatos, os recursos financeiros decorrentes de convênios deveriam ser mantidos em conta bancária específica e, enquanto não empregados em sua finalidade, deveriam ser aplicados em caderneta de poupança ou fundo de aplicação financeira/operação de mercado aberto. Veja-se:

"Art. 20. Os recursos serão mantidos em conta bancária específica, somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no Plano de Trabalho, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, ou para aplicação no mercado financeiro.

§ 1º - Quando o destinatário da transferência for Estado, Distrito Federal ou Município, entidade a eles vinculada ou entidade particular, os recursos transferidos, enquanto não empregados na sua finalidade, serão obrigatoriamente aplicados:

I - em caderneta de poupança de instituição financeira oficial, se a

previsão de seu uso for igual ou superior a um mês; e

II - em fundo de aplicação financeira de curto prazo, ou operação de

mercado aberto lastreada em título da dívida pública federal, quando sua utilização estiver prevista para prazos menores".

Na hipótese dos autos, todavia, além de os recursos recebidos pelo Município de Corumbá, MS, terem sido transferidos para conta única da prefeitura, não houve a aplicação da quantia no mercado financeiro antes da sua destinação ao programa "Leite é Saúde".

Registre-se, ademais, que durante a execução do convênio ocorreu a dispensa indevida do procedimento licitatório para a aquisição de leite em pó, sob o argumento de que se tratava de questão urgente, ocorre que essa suposta "urgência" decorreu justamente da compra do produto, anteriormente, em quantidade menor do que a contratada, mesmo dispondo de recursos em tempo hábil.

De fato, foi a Administração quem deu causa à situação de urgência (premência de expirar a vigência do convênio), não podendo se valer de sua própria desídia para utilizar uma hipótese excepcional prevista no ordenamento jurídico. Em verdade, a ausência de planejamento ou a má administração não configura justificativa apta para afastar a obrigação de licitar.

Constata-se, assim, que entre a primeira e a segunda aquisição transcorreu um prazo de nove meses, o que representou um prejuízo financeiro de R\$ 20.204,51 (vinte mil, duzentos e quatro reais e cinquenta e um centavos) aos cofres públicos, considerando que o convênio teve de ser prorrogado até o ano seguinte, quando se deu a disparidade cambial.

Deveras, não se está responsabilizando o autor pela majoração do preço do leite em pó, mas sim pelo fato de não ter adquirido a totalidade dos produtos quando da primeira compra.

Como bem consignado no parecer ministerial de f. 487-493, *"a falta de diligência em cumprir os prazos convenientes há, sim, de ser imputada como concausa para o aperfeiçoamento dessa realidade, sobretudo se considerado que o administrador deve se pautar em atuações céleres, efetivas, determinantes para a realização do intento público"*.

Aliás, embora não houvesse previsão contratual de que o produto fosse adquirido na sua totalidade, em uma única vez, competia ao gestor municipal se atentar para o fato de que os recursos financeiros já tinham sido disponibilizados pelo Ministério da Saúde e pessoas carentes necessitavam do leite em pó.

Insta salientar, ainda, que no julgamento da Ação Civil Pública nº 1999.60.00.004711-4, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do autor e de Amilton Alvarenga, então Secretário das Finanças do Município de Corumbá/MS, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condená-los às seguintes penalidades: 1) ressarcir aos cofres públicos da UNIÃO, solidariamente, a quantia de R\$ 28.130,91 (vinte e oito mil, cento e trinta reais e noventa e um centavos); 2) ressarcir aos cofres públicos da UNIÃO, solidariamente, a quantia correspondente aos acréscimos não recebidos em conta remunerada de poupança, desde a totalização do repasse federal em 18.05.1998 e até a prestação de contas em 14.04.1999, deduzidos os pagamentos efetuados aos fornecedores em 03.07.98, em 31.03.99 e em 14.04.99; 3) multa civil de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada réu.

Em sede recursal, a apelação de Éder Moreira Brambilla e Amilton Alvarenga foi julgada desprovida, enquanto a remessa necessária foi provida em parte para aplicar as penas de suspensão de direitos políticos pelo prazo de três anos, bem como a de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos, na forma do art. 12 inc. III da LIA, mantendo no mais a sentença em seus termos.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade do autor, na qualidade de gestor municipal, restou devidamente comprovada nos autos, diante da inadimplência do dever instrumental contido no convênio por ele mesmo assinado, sendo cabível as penalidades aplicadas pelo TCU, inclusive em relação à multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.443/92.

Por fim, considerando que a r. sentença foi prolatada sob a égide do CPC/1973 e o valor dado à causa foi de, aproximadamente, R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), de rigor seja majorada a verba honorária ao importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Pelo exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação do autor e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** à apelação da União para majorar os honorários sucumbenciais.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DECISÃO PROFERIDA PELO TCU. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. PENALIDADES APLICADAS AO GESTOR MUNICIPAL. CABIMENTO. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Trata-se de ação ajuizada em face da União, objetivando a anulação do Acórdão nº 2.598/2003, do Tribunal de Contas da União, que julgou irregular as contas decorrentes do Convênio nº 748/97, firmado entre a ré e o município de Corumbá/MS, e que condenou o autor a restituir aos cofres públicos o montante de R\$ 20.204,51 (vinte mil, duzentos e quatro reais e cinquenta e um centavos), bem como a pagar multa pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

2. Segundo o artigo 71, VI e VIII, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Contas da União - TCU fiscalizar a aplicação dos recursos repassados pela União a Municípios, mediante convênio, bem como aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei.

3. Conquanto a decisão do Tribunal de Contas da União seja passível de revisão judicial, o autor não logrou êxito em desconstituir as conclusões firmadas pela Corte de Contas, porquanto a documentação acostada aos autos comprova a existência de diversas irregularidades na execução do Convênio nº 748/97, tais como a transferência indevida de recursos do convênio para a conta única da Prefeitura, a dispensa indevida do procedimento licitatório e o descumprimento das metas estabelecidas em decorrência da aquisição de leite empó em quantidade menor do que a contratada.

4. Considerando, por fim, que a r. sentença foi prolatada sob a égide do CPC/1973 e o valor dado à causa foi de, aproximadamente, R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), de rigor seja majorada a verba honorária ao importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

5. Precedente.

6. Apelação do autor desprovida.

7. Apelação da União provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação do autor e DEU PROVIMENTO PARCIAL à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012608-60.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EUGENIO REGO SANTOS

Advogado do(a) APELADO: CAROLINE URIAS - SP347466-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012608-60.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EUGENIO REGO SANTOS

Advogado do(a) APELADO: CAROLINE URIAS - SP347466-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União em face de sentença que concedeu a segurança para ordenar que a autoridade impetrada expeça a certidão positiva com efeitos de negativa, desde que o único obstáculo para sua expedição seja a inscrição em dívida ativa nº 80.1.92.000898-32, tendo em vista que se trata de débito garantido pela penhora de imóveis. Não houve condenação em honorários advocatícios, tendo em vista o disposto no artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 (Id nº 73159503).

Em seu apelo, a União alega inexistir qualquer ato ilegal ou abusivo que justifique a impetração. Reitera, nesse contexto, o quanto asseverado em sede de Informações, acerca de não ter sido demonstrada a manutenção e a suficiência da penhora realizada nos autos da execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6182, de modo a não estar comprovada a existência de causa apta a autorizar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa. Ressalta, a propósito, o fato de se tratar de penhora realizada há mais de vinte anos (Id nº 73159509).

O impetrante apresentou contrarrazões (Id nº 73159514).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito (Id nº 92558014).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012608-60.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EUGENIO REGO SANTOS

Advogado do(a) APELADO: CAROLINE URIAS - SP347466-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O presente mandado de segurança foi impetrado em 18/08/2017 pelo inventariante do Espólio de Eugênio Rego Santos com o objetivo de obter certidão de regularidade fiscal, visto se tratar de documento necessário para fins de dar prosseguimento no trâmite do inventário.

O pedido administrativo foi indeferido em razão da pendência de débito do contribuinte, inscrito em dívida ativa sob o nº 80.1.92.000898-32, e cuja higidez permanecia em debate na ação anulatória nº 0065234-21.1992.4.03.6100. Explanou a autoridade administrativa, na ocasião, que a discussão na anulatória ensejou a suspensão do trâmite da execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6182 e dos embargos à execução fiscal nº 0512435-18.1994.4.03.6182 (análise do Requerimento SICAR nº 20170073659 – Id nº 73159459).

Em consulta de acompanhamento processual realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a ação anulatória nº 0065234-21.1992.4.03.6100, autuada naquela Corte como AREsp nº 283354/SP, já foi definitivamente julgada, com manutenção da decisão proferida por este Tribunal, que deu provimento à remessa oficial (Id nº 73159475, páginas 01/10). O trânsito em julgado do AREsp nº 283354/SP ocorreu em 17/05/2018.

Outrossim, a consulta no sítio eletrônico da Justiça Federal (realizada em 21/10/2019) demonstra que houve reativação da movimentação processual da execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6182 e dos embargos à execução fiscal nº 0512435-18.1994.4.03.6182, com digitalização dos autos para inserção no PJe em 17/10/2019.

Nos presentes autos, o impetrante juntou Certidões, emitidas em 07 de agosto de 2017 pelo 12º Ofício de Registro de Imóveis da capital paulista, que comprovam que os imóveis objeto das matrículas nºs 120.404 (Id nº 73159479), 120.405 (Id nº 73159480) e 5.787 (Id nº 73159481) permanecem penhorados no executivo fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6100 desde 13/07/1994.

Em sede de Informações, a autoridade impetrada juntou documento extraído dos Sistemas da PGFN que indica que o montante em discussão na execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6100, atualizado até 06/09/2017, perfaz R\$ 139.696,05 (cento e trinta e nove mil, seiscentos e noventa e seis reais e cinco centavos – Id nº 73159494, página 15).

No que concerne ao valor dos imóveis penhorados, a questão foi assim solucionada pelo d. Juízo:

“De outro lado, os três imóveis descritos no Auto de Penhora e Depósito, assim como no laudo de avaliação, datado de 24 de junho de 1994, foram avaliados em CR\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de cruzeiros reais).

Mesmo não havendo um laudo atualizado, fica claro que o valor atualizado dos imóveis para o mês de novembro de 2017 corresponderia a R\$ 698.741,34 (consoante site: <https://www.fee.rs.gov.br/servicos/atualizacao-valores>).

Assim sendo, estando efetivada a penhora em valor muito superior ao valor da dívida fiscal atualizada, conforme acima exposto, faz jus o contribuinte à obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, em razão da suficiência do valor penhorado.” (Id nº 73159503, página 02)

Acrescento que, em sede contrarrazões, o impetrante comprovou que o valor venal dos bens em apreço é de R\$ 877.650,00 (oitocentos e setenta e sete mil, seiscentos e cinquenta reais), bem como que a base de cálculo do IPTU foi estabelecida pela Prefeitura de São Paulo em R\$ 597.990,00 (quinhentos e noventa e sete mil, novecentos e noventa reais – Id nº 73159515).

Verifica-se, assim, que: a) as penhoras efetivadas no executivo fiscal permanecem hígidas (Certidões juntadas nos Ids nºs. 73159479, 73159480 e 73159481); b) o valor atualizado dos imóveis penhorados supera o valor atualizado da dívida executada.

Portanto, foi demonstrado pelo impetrante não apenas a efetivação de penhoras nos autos da execução fiscal nº 00503535-80.1993.4.03.6182, mas também a sua manutenção e suficiência para garantir integralmente o débito inscrito em dívida ativa sob o nº 80.1.92.000898-32.

Comrelação à expedição de certidões de regularidade fiscal, o Código Tributário Nacional assim dispõe:

“Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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.” (sem grifos no original)

Assim, a comprovação da existência de penhora em valor suficiente à garantia integral da execução fiscal é circunstância hábil a possibilitar a emissão da certidão positiva com efeitos de negativa (artigo 206 do CTN), desde que não existam outras pendências além do crédito fiscal inscrito em dívida ativa sob o nº 80.1.92.000898-32.

Sobre o tema, destaco os seguintes julgados deste Tribunal:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. DÉBITO FISCAL SUSPENSO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. EMISSÃO. POSSIBILIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS.

I. A certidão é ato administrativo declaratório e sua obtenção é direito constitucionalmente assegurado que, inclusive, prescinde do pagamento de taxa, nos termos do art. 5º, XXXIV, b.

II. O direito à expedição de certidão de situação fiscal vem regulado pelo Código Tributário Nacional, em seus artigos 205 e 206.

III. Há direito à expedição de certidão negativa de débito quando inexistir crédito tributário constituído relativamente ao cadastro fiscal do contribuinte, ou de certidão positiva de débito com efeitos de negativa quando sua exigibilidade estiver suspensa, ou que tenha sido efetivada penhora suficiente em execução fiscal, nos termos do art. 206 do mesmo diploma legal.

IV. Se não existe a exigibilidade do crédito tributário, não há causa impeditiva à emissão da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, nos termos do artigo 206 do Código Tributário Nacional.

V. No caso concreto, verifica-se que a impetrante estava impedida de obter a certidão de regularidade fiscal pretendida em razão da existência das inscrições em dívida ativa nº 50.6.12.008255-25, 50.6.12.009256-60, 80.1.13.004408-20, 50.6.08.020492-07 e 50.6.08.020493-80.

VI. Todavia, os relatórios da Fazenda apontam que as inscrições nº 50.6.12.008255-25, 50.6.12.009256-60, 50.6.08.020492-07 e 50.6.08.020493-80 já se encontravam com a exigibilidade suspensa em razão de depósito judicial, restando somente a análise do débito inscrito sob o nº 80.1.13.004408-20.

VII. A respeito da tal inscrição, verifica-se que foi ajuizada execução fiscal que resultou em penhora de bens suficientes para garantir a dívida, o que autoriza a emissão de Certidão Negativa de Débitos com Efeito de Positiva - CPD-EN, nos termos do artigo 206 do CTN.

VIII. Assim sendo, deve ser mantida a sentença proferida, restando clara a sua fundamentação no sentido de que houve a perda do interesse processual no que concerne aos débitos cuja exigibilidade já estava suspensa pelo Fisco, e que o débito remanescente não constituiria óbice à emissão da certidão.

IX. Remessa oficial e apelação improvidas.” (sem grifos no original)

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PENHORA SUFICIENTE. DÉBITO NÃO PODE IMPEDIR EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA. ARTIGO 206 DO CTN.

- Os débitos da CDA 80 7 09 006218-12 encontram-se integralmente garantidos na execução fiscal por meio de penhora. Dessa forma, independentemente da eventual inexistência de suspensão da sua exigibilidade e da decisão que suspendeu a demanda executiva, a constrição, por si só, impede que essas dívidas obstem a emissão da certidão para a empresa, nos termos do artigo 206 do Código Tributário nacional. No entanto, não se pode determinar que a recorrida expeça a certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, uma vez que podem existir outros débitos capazes de obstar tal providência, motivo pelo qual deve ser dado parcial provimento ao recurso.

- Agravo de instrumento parcialmente provido, a fim de determinar que os débitos da execução fiscal originária não impeçam a emissão de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa da agravante, bem como antecipação parcial da tutela recursal anteriormente deferida ratificada.” (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5001325-41.2016.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado SIDMAR DIAS MARTINS, julgado em 16/02/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/03/2017)

Por fim, assevero que o direito à emissão da CPD-EN não sofre limitação em razão da existência de decisão desfavorável ao contribuinte na ação anulatória nº 0065234-21-1992.4.03.6100, pois restou demonstrado nos autos que a causa amolda-se à disposição do artigo 206 do CTN, conforme explanado acima.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA REALIZADA NOS AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. MANUTENÇÃO DA PENHORA E SUFICIÊNCIA DOS BENS PARA FINS DE GARANTIA DO PAGAMENTO. ARTIGO 206 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. EMISSÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA – PERTINÊNCIA.

1. Mandado de segurança impetrado por inventariante com o objetivo de obter certidão de regularidade fiscal, visto se tratar de documento necessário para fins de dar prosseguimento no trâmite do inventário.

2. O pedido administrativo foi indeferido em razão da pendência de débito do contribuinte, inscrito em dívida ativa sob o nº 80.1.92.000898-32, e cuja higidez permanecia em debate na ação anulatória nº 0065234-21.1992.4.03.6100. Explanou a autoridade administrativa, na ocasião, que a discussão na anulatória ensejou a suspensão do trâmite da execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6182 e dos embargos à execução fiscal nº 0512435-18.1994.4.03.6182.

3. Em consulta de acompanhamento processual realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a ação anulatória nº 0065234-21.1992.4.03.6100, autuada naquela Corte como AREsp nº 283354/SP, já foi definitivamente julgada, com manutenção da decisão proferida por este Tribunal, que deu provimento à remessa oficial.

4. A consulta efetuada no site da Justiça Federal demonstra que houve reativação da movimentação processual da execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6182 e dos embargos à execução fiscal nº 0512435-18.1994.4.03.6182.

5. O impetrante juntou Certidões, emitidas em 07 de agosto de 2017 pelo 12º Ofício de Registro de Imóveis da Capital paulista, que comprovam que os imóveis objeto das matrículas nºs 120.404, 120.405 e 5.787 permanecem penhorados no executivo fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6100 desde 13/07/1994.

6. Em sede de Informações, a autoridade impetrada juntou documento extraído dos Sistemas da PGFN que indica que o montante em discussão na execução fiscal nº 0503535-80.1993.4.03.6100, atualizado até 06/09/2017, perfaz R\$ 139.696,05 (cento e trinta e nove mil, seiscentos e noventa e seis reais e cinco centavos).

7. O impetrante comprovou que o valor venal dos bens penhorados é de R\$ 877.650,00 (oitocentos e setenta e sete mil, seiscentos e cinquenta reais), bem como que a base de cálculo do IPTU foi estabelecida pela Prefeitura de São Paulo em R\$ 597.990,00 (quinhentos e noventa e sete mil, novecentos e noventa reais).

8. As penhoras efetivadas no executivo fiscal permanecem hígidas e o valor atualizado dos imóveis penhorados supera o valor atualizado da dívida executada.

9. Foi demonstrado pelo impetrante não apenas a efetivação de penhoras nos autos da execução fiscal nº 00503535-80.1993.4.03.6182, mas também a sua manutenção e suficiência para garantir integralmente o débito inscrito em dívida ativa sob o nº 80.1.92.000898-32.

10. A comprovação da existência de penhora em valor suficiente à garantia integral da execução fiscal é circunstância hábil a possibilitar a emissão da certidão positiva com efeitos de negativa (artigo 206 do CTN), desde que não existam outras pendências além do crédito fiscal inscrito em dívida ativa sob o nº 80.1.92.000898-32. Precedentes do TRF3.

11. O direito à emissão da CPD-EN não sofre limitação em razão da existência de decisão desfavorável ao contribuinte na ação anulatória nº 0065234-21-1992.4.03.6100, pois restou demonstrado nos autos que a causa amolda-se à disposição do artigo 206 do CTN.

12. Remessa oficial e apelação da União não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026146-74.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: WALTRAUT IRENE PLEBST GUIDA
Advogado do(a) APELANTE: VINICIUS JUCAALVES - SP206993-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026146-74.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: WALTRAUT IRENE PLEBST GUIDA
Advogado do(a) APELANTE: VINICIUS JUCAALVES - SP206993-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo contribuinte em face de acórdão assimementado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. MANDADO DE SEGURANÇA. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ISENÇÃO. DECRETO-LEI Nº 1.510/76. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 7.713/88. DIREITO ADQUIRIDO EM RELAÇÃO À PARCELA DO CAPITAL ENTÃO EXISTENTE. BONIFICAÇÕES. ISENÇÃO APENAS QUANTO ÀS OCORRIDAS ATÉ O ADVENTO DA LEI REVOGADORA.

1. A isenção veiculada pelo Decreto-lei nº 1.510/76 tem caráter oneroso e deve ser observada pelo Fisco, ainda que diante da revogação perpetrada pela Lei nº 7.713/88.

2. Em relação às participações decorrentes dos aumentos de capital social advindos da incorporação de lucros e reservas, a referida isenção abrange apenas as participações adquiridas na vigência da norma isentiva.

3. Considerando as alterações do padrão monetário nacional e a parcela do capital integralizada em 17/05/84, a participação societária da apelante antes da revogação perpetrada pela Lei nº 7.713/88, na realidade, corresponde a apenas 0,47% da sua participação após o advento da referida revogação, uma vez que o aumento da sua participação, quase na integralidade, decorreu da incorporação de reserva de capital e de lucros acumulados após o advento da lei revogadora.

4. Apelação parcialmente provida.

A embargante, repisando os argumentos fartamente suscitados nos autos, sustenta que o acórdão deixou observar que não ocorreu aumento de capital social advindo de incorporação de lucros e reservas, bem como incorreu em erros ao analisar a evolução societária da empresa.

Salienta que o lançamento de participações bonificadas não se confunde com o ato de adquirir nova participação societária, na medida em que, em nenhum momento após 31/12/83, desembolsou caixa para aquisição de nova participação societária, sendo certo que nunca deteve mais do que 50% do capital da empresa e que eventuais alterações na estrutura das cotas foram feitas apenas para refletir a correção desse capital social.

Ressalta que acórdão incorre em erros materiais ao elencar a data de 29/06/86, ao invés de 29/09/86, e a data de 29/06/85, ao invés de 29/07/85, bem como é perceptível que também não analisou e descreveu as operações ocorridas entre 29/06/86 e 06/05/88, quais sejam, as 4ª, 5ª e 6ª operações societárias, impondo-se, portanto, a necessária correção.

Assevera que o acórdão, embora tenha se valido do julgamento do REsp nº 1.690.802 como paradigma para o exame da questão, manifestou entendimento que no sentido de que não há isenção do IRPF quando da alienação de ações bonificadas, uma vez que não identificou que tais bonificações, decorrentes de ações originárias de 19/04/82, foram emitidas após 31/12/83, mas durante o período de isenção.

Postula o acolhimento dos presentes embargos a fim de que sejam sanados os erros materiais e as omissões apontados.

A União apresenta resposta aos embargos de declaração.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026146-74.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: WALTRAUT IRENE PLEBST GUIDA
Advogado do(a) APELANTE: VINICIUS JUCAALVES - SP206993-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No caso, realmente ocorreram os erros materiais apontados pelo contribuinte, impondo-se, portanto, a necessária adequação para que passe a constar que as alterações contratuais da empresa ocorreram em 29/07/85 e 29/09/86, conforme Id 7859170 – páginas 93 e 97.

Por sua vez, as alterações ocorridas entre 29/06/86 e 06/05/88, quais sejam, as 4ª, 5ª e 6ª operações societárias, não promoveram qualquer modificação na estrutura de cotas e no capital social da empresa, de sorte que são irrelevantes para o deslinde da controvérsia em questão.

No mais, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não ocorrem as omissões apontadas pela embargante, ao contrário, denota-se apenas a sua pretensão de reapreciação da matéria e o seu inconformismo como resultado do julgamento.

Aliás, como já salientado no acórdão embargado, a referida isenção abrange apenas as participações adquiridas na vigência da norma isentiva, de modo que os aumentos das participações ocorridos após o advento da Lei nº 7.713/88 devem sujeição ao imposto de renda no momento de suas alienações.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, de modo que a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

A propósito, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "*caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de vícios, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1.022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, acolho em parte os embargos de declaração apenas para corrigir os erros materiais apontados.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. NECESSIDADE

1. Constatada existência de erro material no acórdão, impõe-se a necessária correção.

2. No mais, o questionamento do acórdão pelo embargante aponta para típico e autêntico inconformismo com a decisão, contrariedade que não enseja o acolhimento do presente recurso, uma vez que ausentes quaisquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Embargos revestidos de nítido caráter infringente, objetivando discutir o conteúdo jurídico do acórdão.

3. Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios descritos no artigo 1.022 do CPC/2015. Precedentes do STJ.

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos apenas para correção dos erros materiais apontados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos de declaração apenas para corrigir os erros materiais apontados, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001660-89.2018.4.03.6111
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001660-89.2018.4.03.6111
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Nestlé Brasil Ltda. contra acórdão assimementado:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.

2. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.

3. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discordância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.

4. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.

5. Quanto às demais alegações de nulidade do auto de infração tenho que também não procedem. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.

6. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.

7. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).

8. Veja-se que a multa foi aplicada no valor de R\$37.440,00, enquadrando-se, pois, nos padrões elencados pelo do art. 9º, caput, da Lei 9.933/99.

9. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repise-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.

10. Apelação desprovida.

Afirma a embargante que o acórdão restou obscuro no que diz respeito à fixação da multa aplicada diante da não utilização do regulamento mencionado pelo artigo 9º-A da Lei 9.933/99. Aponta também omissão quanto ao preenchimento incorreto do quadro de estabelecimento de penalidades.

Sem contraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001660-89.2018.4.03.6111
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não vislumbro qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante insatisfeita com o resultado do julgado objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.

Acresço que o Magistrado não está obrigado a analisar cada ponto e cada dispositivo suscitado pelas partes se a sua fundamentação é suficiente e clara para embasar o resultado da decisão.

Acresço que a intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

Aliás, veja-se que o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão *"para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."*

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não há qualquer vício na decisão impugnada, sendo evidente que a embargante insatisfeita com o resultado do julgado objetiva alterá-lo, o que não é cabível na via de embargos declaratórios, cuja finalidade é tão somente aclarar alguma questão omissa, obscura, contraditória ou corrigir algum erro material.

2. A intenção de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil.

3. Aliás, veja-se que o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000236-16.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: L. V. S. ODONTO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE - SP146121-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000236-16.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: L. V. S. ODONTO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE - SP146121-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por L.V.S. Odonto Ltda, contra o v. acórdão (Id 92919782), que à unanimidade negou provimento à apelação, nos autos do mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado em face do Ilmo. Doutor Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo - SP, objetivando a suspensão da exigibilidade dos montantes referentes à apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL pelas alíquotas de 8% e 12%, respectivamente, bem como a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Relata a parte embargante que, a despeito de exercer atividade principal de serviços odontológicos, também presta serviços que se enquadram no conceito de serviços hospitalares, de forma que faz jus à redução da alíquota de IRPJ e CSLL, na forma preceituada no artigo 15, parágrafo 1º, III, "a", da Lei nº 9.249/1995, e do artigo 20 da Lei nº 10.684/2003. Aduz que a Receita Federal, através de sucessivas Instruções Normativas, vem restringindo o alcance desta norma, que favorece o desempenho de atividades hospitalares, consideradas de relevante interesse social.

Por esta razão, evoca julgamento do Colendo STJ em sede de recursos repetitivos, no sentido de afastar as normas infralegais, reconhecendo o direito à tributação mais favorável, bem como em relação a publicação no Diário Oficial da União da Solução de Consulta SRRF 08 nº 8024 informando a orientação da Administração Tributária Federal a respeito da base de cálculo de IRPJ e CSLL aplicáveis às pessoas jurídicas que prestem serviços odontológicos (cirúrgicos ou consultas).

O v. acórdão assim decidiu:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. BASE DE CÁLCULO. PESSOA JURÍDICA. SERVIÇOS HOSPITALARES. CONCEITO. ART. 15, § 1º, III, "A", DA LEI 9.249 /1995. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. PELO NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

I - No caso em exame, o cerne da controvérsia consiste em verificar se o impetrante se enquadra na exceção prevista no art. 15 e 20 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, para efeito de redução do percentual a ser aplicado sobre a base de cálculo para recolhimento do IRPJ e consequente CSLL.

II - No que tange ao alcance do benefício fiscal previsto no art. 15, § 1º, inciso III, "a", da Lei 9.249/95, a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1.116.399/BA (Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe de 24.02.2010) pacificou a matéria, firmando o entendimento de que a concessão do benefício fiscal se dá de forma objetiva, com foco nos serviços prestados, e não na pessoa do contribuinte que executa a prestação dos chamados serviços hospitalares, sob pena de se desfigurar a própria natureza da norma legal, transmudando-se o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo e, por conseguinte, restringindo sua aplicação apenas aos estabelecimentos hospitalares.

III - Conforme se infere do julgado acima mencionado, a expressão "serviços hospitalares", constante do artigo 15, § 1º, inciso III, "a", da Lei 9.249/95, deve ser interpretada sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte, sendo irrelevante, para a concessão do benefício fiscal, a característica ou a estrutura do contribuinte, nos termos do que dispôs o art. 1º, caput, do Ato Declaratório Interpretativo da Secretaria da Receita Federal - SRF nº 18/2003.

IV - No caso presente, a impetrante não logrou comprovar o exercício de atividade alcançada pela pretendida alíquota, como se infere dos documentos acostados aos autos. a impetrante afirma que os serviços odontológicos por ela prestados não se restringem à realização de consultas, pois também está constituída como sociedade empresária e atende todas as exigências impostas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, realizando exames radiológicos, cirurgias dentárias, colocação de implantes dentários, instalação de aparelhos ortodônticos e que exigem maquinário próprio e específico.

V - O único documento juntado para a comprovação das atividades realizadas foi o contrato social, no qual consta que o objeto social da empresa impetrante é "serviços odontológicos em geral de consultas e tratamento odontológico, de qualquer tipo, prestadas a pacientes em clínicas e consultórios odontológicos, em clínicas de empresas, bem como, no domicílio do paciente". Os currículos profissionais que demonstram capacitação técnica para procedimentos cirúrgicos odontológicos, bem como as fotos juntadas, não são suficientes para comprovar que as atividades exercidas pela impetrante se assemelham aos serviços hospitalares previstos pela Lei nº 9.249/1995.

VI - Apelação não provida."

A Embargante ressalta a importância da manifestação expressa sobre os normativos ventilados ao longo da demanda e ratificado nestes Embargos de Declaração, a fim de garantir o prequestionamento da matéria, sob pena de ofensa, também, ao artigo 1.022 do CPC/15 (cuja redação é semelhante ao do artigo 535 do CPC/73), como já há muito vem decidindo o E. STJ.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000236-16.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: L. V. S. ODONTO LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE - SP146121-A

APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO - DERAT/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 13.105/2015, o chamado novo Código de Processo Civil, estabelece em seu art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material.

Nos termos do parágrafo único do citado artigo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O entendimento firmado no v. acórdão embargado diz respeito em saber se a impetrante tem o direito líquido e certo de ser tributada, em relação ao IRPF e a CSLL, na forma prevista especificamente para empresas que exerçam serviços hospitalares, consoante legislação de regência.

As empresas prestadoras de serviços médicos hospitalares e cirúrgicos, enquadram-se na concepção de "serviços hospitalares" insertos nos artigos 15 e 20 da Lei nº 9.249/95, estando sujeitas às alíquotas de 8% e 12% sobre a receita bruta mensal a título de IRPJ e CSLL, respectivamente, sob o regime de apuração do lucro presumido.

Após múltiplas discussões acerca do alcance da expressão "serviços hospitalares", constante da Lei nº 9.249/95, a matéria restou pacificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.116.399/BA, sob o regime do art. 543-C do CPC/73.

Dessa forma, o STJ, alterando orientação anterior, firmou entendimento de que a expressão "serviços hospitalares" constante do art. 15, §1º, III, "a", da Lei n. 9.249/95, deve ser interpretada de forma objetiva, levando-se em conta, não o contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do serviço prestado, independentemente da capacidade de internação ou estrutura do estabelecimento, de forma a compreender os serviços normalmente, mas não necessariamente, prestados em hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde, excluindo-se as simples consultas médicas, próprias dos consultórios médicos, ainda que prestadas no interior do estabelecimento hospitalar (cf.: EDcl no próprio REsp nº 1.116.399/BA, DJe 29.09.2010).

Nessa linha, entende-se como compreendidos entre os serviços hospitalares, dentre outros, os serviços de auxílio diagnóstico e terapia, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, ainda que realizados fora do estabelecimento hospitalar, ficando excluídas da base de cálculo reduzida do IRPJ e da CSLL as receitas decorrentes de consultas médicas (cf.: STJ, EDcl no REsp nº 903.095/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 25/05/2010).

No caso presente, porém, observo que a impetrante não logrou comprovar o exercício de atividade alcançada pela pretendida alíquota, como se infere dos documentos acostados aos autos. a impetrante afirma que os serviços odontológicos por ela prestados não se restringem à realização de consultas, pois também está constituída como sociedade empresária e atende todas as exigências impostas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, realizando exames radiológicos, cirurgias dentárias, colocação de implantes dentários, instalação de aparelhos ortodônticos e que exigem maquinário próprio e específico.

Todavia, o único documento juntado para a comprovação das atividades realizadas foi o contrato social, no qual consta que o objeto social da empresa impetrante é "*serviços odontológicos em geral de consultas e tratamento odontológico, de qualquer tipo, prestadas a pacientes em clínicas e consultórios odontológicos, em clínicas de empresas, bem como, no domicílio do paciente*".

Os currículos profissionais que demonstram capacitação técnica para procedimentos cirúrgicos odontológicos, bem como as fotos juntadas, não são suficientes para comprovar que as atividades exercidas pela impetrante se assemelham aos serviços hospitalares previstos pela Lei nº 9.249/1995.

Ademais, o próprio STJ já proferiu entendimento no sentido de que a atividade de clínica odontológica não se enquadra como serviços hospitalares. Dessa forma, a r. sentença será mantida.

Não se vislumbra, portanto, a existência de omissão no *decisum*, revelando, na realidade, mero inconformismo da embargante com a solução adotada, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração.

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

Nesse sentido, cumpre trazer à colação aresto transcrito por Theotonio Negrão in Código de processo civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 566, *verbis*:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RTTJESP 115/207)".

O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC/2015.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

"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 para o reexame da causa" (1ª Turma, ED em REsp. 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO *DECISUM*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. Não se vislumbra a existência de omissão ou contradição no *decisum*, revelando, na realidade, mero inconformismo da embargante com a solução adotada, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração.

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

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC/2015.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000136-35.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS

Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000136-35.2019.4.03.6107
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS
Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS – ANCT (ID num. 9753371), contra o v. acórdão (Id num. 92919803), que à unanimidade negou provimento à apelação da embargante nos autos do Mandado de Segurança Coletivo, com pedido de liminar, impetrado pela embargante em face do **DELEGADO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARAÇATUBA - SP**, objetivando a declaração de inaplicabilidade do artigo 29 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15 aos seus filiados, bem como assegurar o direito ao parcelamento simplificado previsto no art. 10 e 14-C da Lei n.º 10.522/2002, independentemente do valor a ser parcelado ou do saldo devedor na Receita Federal do Brasil ou na Procuradoria da Fazenda Nacional, assegurando-se, ainda, a fruição das consequências legais do parcelamento, especialmente, inexigibilidade do crédito tributário, obtenção da CPD-EN e a não incidência das vedações previstas no art. 14 da Lei n.º 10.522/2002.

Alega a parte Impetrante que o art. 29 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/2009 teria extrapolado seu caráter regulamentar ao prever limite de valores para o parcelamento previsto nos artigos 10 e 14-C da Lei n.º 10.522/2002.

O v. acórdão assim decidiu:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. IMPETRAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO NÃO SEDIADA NA LOCALIDADE. RELAÇÃO DE FILIADOS – AUSÊNCIA DE JUNTADA NA PEÇA INICIAL. EXISTÊNCIA DE ASSOCIADOS NA CIRCUNSCRIÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO OPORTUNA. ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO - ANÁLISE. EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – MANUTENÇÃO.

1. No caso presente, está-se diante de mandado de segurança coletivo impetrado pela apelante em face do DELEGADO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARAÇATUBA - SP, objetivando a declaração de inaplicabilidade do artigo 29 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15 aos filiados de Araçatuba, bem como assegurar o direito ao parcelamento simplificado previsto no art. 10 e 14-C da Lei n.º 10.522/2002, independentemente do valor a ser parcelado ou do saldo devedor na Receita Federal do Brasil ou na Procuradoria da Fazenda Nacional, assegurando-se, ainda, a fruição das consequências legais do parcelamento, especialmente, inexigibilidade do crédito tributário, obtenção da CPD-EN e a não incidência das vedações previstas no art. 14 da Lei n.º 10.522/2002.

2. Conforme o que foi arguido em apelação, a apelante alega que não busca o interesse de todos os filiados mas somente os de Araçatuba. Todavia, juntou extensa Lista de Filiados (id. 13741601, 13741602, 13741603 e 13741604), sem nenhum critério e sem menção ou especificação a filiados em Araçatuba. Após o ajuizamento e sentença trouxe apenas uma empresa filiada de Araçatuba - SP.

3. O órgão julgador extinguiu o processo sem resolução do mérito, visto que a impetrante não juntou com a exordial relação contendo a individualização nominal dos associados da impetrante, necessária, no entender do órgão julgador, para fins de determinação do interesse de agir diante da restrição da extensão subjetiva da decisão de mérito prevista no artigo 22 da Lei n.º 12.016/2009.

4. Não se desconhece a existência de respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que, em exegese do quanto debatido e decidido pelos Ministros do STF nos recursos extraordinários n.ºs 573.232 e 612.043, entendem desnecessária a apresentação da relação de associados, bem como de suas expressas autorizações, nas hipóteses em que a associação opta pela via processual do mandado de segurança coletivo. Entretanto, no presente caso faz-se relevante ponderar que somente após o ajuizamento a impetrante trouxe aos autos documento que demonstra o ingresso em seu quadro de associado de uma empresa com sede em Araçatuba. O pedido de ingresso em apreço foi posterior ao ajuizamento do presente, o que indica a inexistência de associados com domicílio fiscal no município da autoridade indicada como coatora (e no âmbito da jurisdição do órgão julgador) por ocasião da impetração.

5. Não se identifica no caso concreto a existência de utilidade numa eventual concessão da segurança, visto que a nenhum associado ela iria beneficiar. Diante da ausência de associados-substituídos, uma sentença de mérito não seria hábil a atender ao disposto no artigo 22 da Lei nº 12.016/2009. Seria inócua, pois o mandado de segurança foi impetrado sem que houvesse a quem proteger (e, em última análise, um direito líquido a ser protegido). 6. Apelação a que se nega provimento."

O embargante alega (Id num. 9753371), a contradição do v. acórdão, na medida em que destaca que em mandado de segurança coletivo, a teor do art. 5º, LXX, alínea "b", da CF e dos próprios precedentes RE 573.232/SC e 612.043, não é necessário a autorização expressa e juntada da lista de filiados e, depois, justifica a improcedência da apelação, pela falta de demonstração de associados que justifique o interesse processual da impetração, na data de impetração. Assim, nos termos do art. 1.023, do CPC/15, requer seja sanada a referida contradição no v. acórdão.

Alega, também, que não foi carreada a lista de associados com sede fiscal na Seção Judiciária de impetração na inicial, para demonstrar a existência de filiados em Presidente Prudente, por não existir tal necessidade em sede de ação mandamental, atuando a embargante/recorrente como substituta processual. Requer a manifestação expressa em relação aos precedentes do C. STJ e Excelso STF, destacando-se, que todos os precedentes do C. STJ são casos análogos ao presente (mesmas partes), onde a C. Corte, destacou a desnecessidade lista de filiados para demonstrar o interesse processual e legitimidade das partes.

Prequestiona por fim matéria.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000136-35.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS

Advogado do(a) APELANTE: GERMANO CESAR DE OLIVEIRA CARDOSO - DF28493-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 13.105/2015, o chamado novo Código de Processo Civil, estabelece em seu art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material.

Nos termos do parágrafo único do citado artigo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

A embargante alega omissão/contradição no r. *decisum* embargado na medida em que destaca que em mandado de segurança coletivo, a teor do art. 5º, LXX, alínea “b”, da CF e dos próprios precedentes RE 573.232/SC e 612.043, não é necessário a autorização expressa e juntada da lista de filiados e, depois, justifica a improcedência da apelação, pela falta de demonstração de associados que justifique o interesse processual da impetração, na data de impetração. Assim, nos termos do art. 1.023, do CPC/15, requer seja sanada a referida contradição no v. acórdão.

Alega, também, que não foi carreada a lista de associados com sede fiscal na Seção Judiciária de impetração na inicial, para demonstrar a existência de filiados em Presidente Prudente, por não existir tal necessidade em sede de ação mandamental, atuando a embargante/recorrente como substituta processual. Requer a manifestação expressa em relação aos precedentes do C. STJ e Excelso STF, destacando-se, que todos os precedentes do C. STJ são casos análogos ao presente (mesmas partes), onde a C. Corte, destacou a desnecessidade lista de filiados para demonstrar o interesse processual e legitimidade das partes.

Todavia, conforme a fundamentação do Voto, não há que se falar em omissão, uma vez que a embargante trouxe uma extensa Lista de Filiados (id. 13741601, 13741602, 13741603 e 13741604), sem nenhum critério e sem menção ou especificação a filiados em Araçatuba. Após a r. sentença e em apelação trouxe apenas uma empresa filiada de Araçatuba - SP.

Ademais, no que se refere ao enunciado da Súmula nº 629 do STF, publicada em 09/10/2003 (“*A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes*”), pertine salientar que a r. sentença não exigiu expressamente a autorização dos associados, mas sim que fosse apresentada uma relação discriminando seus nomes. Desta forma, mostra-se relevante, na hipótese dos autos, deixar assente a existência de precedentes posteriores daquela Corte Superior, cuja discussão está relacionada à necessidade de juntada, com a inicial da ação, de relação/lista nominal dos associados, visto que será esta lista o elemento delimitador das balizas subjetivas da execução do título judicial.

Neste contexto, o RE nº 573.232/SC, assim decidiu:

“REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.”

(RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

Eis a redação da respectiva Tese de Repercussão Geral firmada em virtude do entendimento consubstanciado no julgado acima transcrito:

“I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal;

II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.” (sem grifos no original)

Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.” (Tese de Repercussão Geral nº 82)

Do mesmo modo, apesar de a sentença de extinção do *mandamus* sem apreciação de seu mérito estar fundamentada na ausência de apresentação da relação dos associados, tendo em vista a alegação, trazida no apelo, de que a autorização da impetrante para representar seus associados decorreria de previsão de seu Estatuto Social e por substituição, cumpre mencionar outro precedente de lavra do Supremo Tribunal Federal, proferido (a exemplo do caso concreto) nos autos de mandado de segurança, a seguir a determinação exarada no RE nº 573.232 quanto a esta questão:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL FORMADO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito do RE 573.232-RG, firmou entendimento no sentido de que a exigência de autorização expressa prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal não se satisfaz com a simples previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados.

2. Acórdão proferido pelo Tribunal de origem que se ajusta ao entendimento firmado por esta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(ARE 787123 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015)

Observo também que o STF já apreciou a questão afetada nos autos do RE nº 612.043 (Tema de Repercussão Geral nº 499: *“Limites subjetivos da coisa julgada referente à ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil”*). Na ocasião, o Pretório Excelso firmou a tese de que *“A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador; que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento”* (DJe em 05/10/2017 – sem grifos no original).

Neste ponto, mister anotar que não se desconhece a existência de respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que, em exegese do quanto debatido e decidido pelos Ministros do STF nos recursos extraordinários nºs 573.232 e 612.043, entendem desnecessária a apresentação da relação de associados, bem como de suas de expressas autorizações, nas hipóteses em que a associação opta pela via processual do mandado de segurança coletivo. A imprescindibilidade da juntada destes documentos estaria restrita, assim, às ações coletivas de rito ordinário.

Entretanto, no presente caso faz-se relevante ponderar que somente após o ajuizamento e com a interposição do apelo a impetrante trouxe aos autos documento que demonstra o ingresso em seu quadro de associados de uma empresa com sede em Araçatuba. Observo que o pedido de ingresso em apreço data de período posterior ao ajuizamento, o que indica a inexistência de associados com domicílio fiscal no município da autoridade indicada como coatora (e no âmbito da jurisdição do órgão julgador) por ocasião da impetração.

Neste cenário, é cristalina a imposição da manutenção do acórdão sem que tenha ocorrido qualquer omissão ou contradição.

Assim, não há quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, de modo que a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

“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 para o reexame da causa”

(1ª Turma, ED em REsp. 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

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

Nesse sentido, cumpre trazer à colação aresto transcrito por Theotonio Negrão in Código de processo civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 566, *verbis*:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RTTJESP 115/207)".

Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO *DECISUM*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. Não se vislumbra a existência de omissão ou contradição no *decisum*, revelando, na realidade, mero inconformismo da embargante com a solução adotada, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração.

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

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC/2015.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014390-68.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: INTER COOPER - COOPERATIVA DE TRABALHOS INDUSTRIAIS.

Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL SANTANNA QUINTANILHA - RJ135127-A, RAMON DE ANDRADE FURTADO - SP397595-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014390-68.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INTER COOPER - COOPERATIVA DE TRABALHOS INDUSTRIAIS.
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL SANTANNA QUINTANILHA - RJ135127-A, RAMON DE ANDRADE
FURTADO - SP397595-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por INTER COOPER - COOPERATIVA DE TRABALHOS INDUSTRIAIS na qual objetiva o reconhecimento da inexigibilidade da retenção do IRRF dos seus cooperados, bem como a restituição de tais valores (Id. nº 6991048 – fls. 04/14).

A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (Id. nº 6991058 – fls. 04/08).

Irresignada, apela a autora, reiterando o pedido inicial (Id. nº 6991058 – fls. 11/26).

Com contrarrazões (Id. nº 6991058 – fls. 29/36), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5014390-68.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: INTER COOPER - COOPERATIVA DE TRABALHOS INDUSTRIAIS.
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL SANTANNA QUINTANILHA - RJ135127-A, RAMON DE ANDRADE
FURTADO - SP397595-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O art. 165 do CTN assegura ao contribuinte do direito à restituição de tributos em caso de recolhimento indevido. Confira-se:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Mas para exercê-lo, deve o contribuinte submeter-se aos requisitos e condições estipulados por lei específica ou fixados pela autoridade fiscal competente.

O sistema da Receita Federal é parametrizado para confrontar as informações prestadas pelos contribuintes e os dados relativos ao efetivo recolhimento. Basta uma informação estar divergente para se revelar necessária a apresentação da prova inequívoca do valor correto devido, para possibilitar, inclusive, o aproveitamento do crédito eventualmente existente. Nesse cenário, para a verificação da existência de créditos é necessário que o contribuinte preste corretamente todas as informações necessárias.

Por sua vez, o preenchimento de uma declaração não representa uma "mera formalidade", mas sim o cumprimento de uma obrigação acessória indispensável para a fiscalização do cumprimento da obrigação principal.

No caso, os documentos que instruem o feito indicam que, no ano de 2007, a autora realizou pedidos de restituição (27103.74198.090107.1.2.05-0612; 03444.16536.090107.1.2.05-2133; 16425.69342.090107.1.2.05-3517; 39899.28245.090107.1.2.05-8420; 34202.60233.120607.1.2.05-7226; e 14162.95469.030308.1.2.05-1040), no valor total de R\$ 456.183,02, referente a créditos de IRRF incidentes sobre pagamentos efetuados à cooperativa, por pessoas jurídicas, em decorrência de serviços prestados por cooperados.

A Fazenda Nacional deferiu a devolução de R\$ 195.424,63, ao fundamento de que somente as retenções efetuadas pela fonte pagadora sob o código de receita 3280 (IRRF – Remuneração Sobre Serviços Prestados por Associações de Cooperativas de Trabalho) seriam passíveis de restituição, tendo glosado o restante em virtude da ausência de comprovação sobre a origem dos valores, imprescindível ao deferimento da devolução, nos termos do artigo 45 da Lei nº 8.541/1992, com a redação dada pela Lei nº 8.981/1995, *verbis*:

"Art. 45. Estão sujeitas à incidência do Imposto de Renda na fonte, à alíquota de 1,5%, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a cooperativas de trabalho, associações de profissionais ou assemelhadas, relativas a serviços pessoais que lhes forem prestados por associados destas ou colocados à disposição.

§ 1º O imposto retido será compensado pelas cooperativas de trabalho, associações ou assemelhadas como o imposto retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos associados.

§ 2º O imposto retido na forma deste artigo poderá ser objeto de pedido de restituição, desde que a cooperativa, associação ou assemelhada comprove, relativamente a cada ano-calendário, a impossibilidade de sua compensação, na forma e condições definidas em ato normativo do Ministro da Fazenda."

Portanto, ausente prova da natureza jurídica dos recolhimentos mediante DIRF com código de receita diverso do 3280 (IRRF – Remuneração Sobre Serviços Prestados por Associações de Cooperativas de Trabalho), conclui-se que a administração agiu dentro da legalidade ao excluir dos créditos o montante sem comprovação.

Nesse sentido, há precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 282 DO STF. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF. VALORES PAGOS POR PESSOA JURÍDICA À COOPERATIVA DE TRABALHO EM RAZÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS POR ASSOCIADOS DA COOPERATIVA. COMPENSAÇÃO. ART. 45, § 1º, DA LEI Nº 8.541/92. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RETENÇÃO/RECOLHIMENTO NA FONTE VIA DIRF. SIMPLES FATURAS DISCRIMINATIVAS DO IRRF. IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido não proferiu juízo de valor sobre os arts. 121 e 122 do CTN e 243 e 249, § 1º, do CPC, o que impossibilita o conhecimento do recurso especial em relação a eles por ausência de prequestionamento. Incide, no ponto, o óbice da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.
2. São inoponíveis ao Fisco as faturas emitidas pela pessoa jurídica - onde se discriminou o IRRF - para possibilitar a compensação com o IRRF devido pela cooperativa em relação aos rendimentos pagos aos associados.
3. Não se trata de transferência de obrigação acessória da pessoa jurídica para a Cooperativa, mas sim de requisito para a compensação, qual seja, a comprovação da existência do crédito, não se prestando para tal fim as simples faturas emitidas unilateralmente pela pessoa jurídica, ainda que nelas discriminado o valor do IRRF.
4. Ausente a comprovação da retenção na fonte, não há que se falar em direito à compensação de que trata o § 1º do art. 45 da Lei nº 8.541/92.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1464043/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 30/10/2018)

No mesmo sentido, jurisprudência desta Terceira Turma:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CIVIL. COMPENSAÇÃO. IRRF. RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL. COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Pedido de compensação homologado parcialmente ao fundamento de que o crédito reconhecido foi insuficiente para compensar integralmente os débitos informados no PER/DCOMP. Não confirmadas as parcelas de crédito indicadas no requerimento administrativo relativas à retenção de imposto de renda pelas fontes pagadoras possuidoras dos CNPJ nº 02.369.530/0001-37 e 12.733.937/0001-55, no valor total de R\$ 9.914/54.

(...)

6. Já no que se refere à empresa Triunfo, nenhum dos documentos juntados são aptos a comprovar que a referida fonte pagadora efetivamente recolheu o valor devido a título do imposto de renda, uma vez que ausente qualquer comprovante do recolhimento.

7. Correto o procedimento do Fisco ao não homologar a compensação nos termos em que pleiteada, competindo ao contribuinte a comprovação do efetivo repasse aos cofres públicos dos valores já retidos na fonte, uma vez que, não obstante a redação do parágrafo único do art. 45 do CTN, a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, consoante entendimento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.218.222/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/09/2014).

(...)

9. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, AC nº 0001027-40.2011.4.03.6102, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/11/2016)

Portanto, ausente comprovação da origem dos créditos, bem como do equívoco no preenchimento do código de receita, não há como se reconhecer a existência de crédito passível de restituição.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COOPERATIVA. IRRF. RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA. RECONHECIMENTO PARCIAL DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RETENÇÃO DE IR. EXIGÊNCIA LEGAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Pedido de restituição referente a créditos de IRRF incidentes sobre pagamentos efetuados à cooperativa, por pessoas jurídicas, em decorrência de serviços prestados por cooperados.
2. Para o contribuinte exercer o direito à restituição, deve submeter-se aos requisitos e condições estipulados por lei específica ou fixados pela autoridade fiscal competente.
3. O sistema da Receita Federal é parametrizado para confrontar as informações prestadas pelos contribuintes e os dados relativos ao efetivo recolhimento. Basta uma informação estar divergente para se revelar necessária a apresentação da prova inequívoca do valor correto devido, para possibilitar, inclusive, o aproveitamento do crédito eventualmente existente. Nesse cenário, para a verificação da existência de créditos é necessário que o contribuinte preste corretamente todas as informações necessárias.
4. O preenchimento de uma declaração não representa uma "mera formalidade", mas sim o cumprimento de uma obrigação acessória indispensável para a fiscalização do cumprimento da obrigação principal.

5. A Fazenda Nacional deferiu a devolução parcial do montante pleiteado, ao fundamento de que somente as retenções efetuadas pela fonte pagadora sob o código de receita 3280 (IRRF – Remuneração Sobre Serviços Prestados por Associações de Cooperativas de Trabalho) seriam passíveis de restituição, tendo glosado o restante em virtude da ausência de comprovação sobre a origem dos valores, imprescindível ao deferimento da devolução, nos termos do artigo 45 da Lei nº 8.541/1992, com a redação dada pela Lei nº 8.981/1995.

6. Ausente prova da natureza jurídica dos recolhimentos mediante DIRF com código de receita diverso do 3280 (IRRF – Remuneração Sobre Serviços Prestados por Associações de Cooperativas de Trabalho), e do equívoco no preenchimento do código de receita, conclui-se que a administração agiu dentro da legalidade ao excluir dos créditos o montante sem comprovação.

7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006312-28.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: KAWAMAC INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: DIEGO ROMERO COSTA - SP301268-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006312-28.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KAWAMAC INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: DIEGO ROMERO COSTA - SP301268-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença, que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **KAWAMAC INDUSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

O Juízo *a quo* concedeu a segurança para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o direito da impetrante de compensar, após o trânsito em julgado, os valores indevidamente recolhidos sob tais rubricas desde os cinco anos anteriores ao ajuizamento desta demanda, com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, corrigidos pela taxa SELIC a partir das datas dos pagamentos indevidos.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;

b) não há como prosperar a tese seguida pela r. sentença de que o ICMS não compõe a base de cálculo da contribuição ao PIS, vez que o valor do ICMS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, PAULO THADEU GOMES DA SILVA, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário a justificar sua intervenção no feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5006312-28.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KAWAMAC INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: DIEGO ROMERO COSTA - SP301268-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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 ICMS 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 ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda, que ocorreu em **18/09/2018**.

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.

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-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 DECONTRIBUIÇÃO 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 da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em **18/09/2018**.
8. 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.
9. 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.
10. Recurso de apelação da União e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: "M-WAS COMERCIAL LTDA."
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE PAULO DELARCO - SP172030-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001218-30.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: "M-WAS COMERCIAL LTDA."
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE PAULO DELARCO - SP172030-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação e Remessa Oficial interpostas em face da r. sentença (Id num. 70688950) que concedeu a ordem pleiteada em Mandado de Segurança impetrado por M-WAS COMERCIAL LTDA, em face do ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM TAUBATÉ-SP, objetivando seja analisado o pedido administrativo de revisão de estimativa, com a declaração de inconstitucionalidade da previsão de fixação de prazo para o protocolo do mencionado pedido.

Alega que a impetrante que é pessoa jurídica de direito privado, importadora, exportadora e comercial varejista de produtos eletrônicos em geral, suas partes, peças, conectores, e cabos, dentre outras atividades comerciais descritas na Cláusula 3ª de seu contrato social da empresa. Aduz que possui capacidade financeira, com Habilitação Limitada no Siscomex – “Radar” – no valor limitado de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos) (item 06 em anexo), habilitada nos termos do Artigo 2º, I, “b” da Instrução Normativa RFB 1.605/2013 e que pretende continuar importando bens e mercadorias atreladas ao cumprimento de sua atividade empresarial para posterior comercialização em todo o território nacional.

Sustenta a impetrante, entretanto, que com o crescimento das vendas dos produtos concernentes ao seu objeto social, ingressou com Processo Administrativo 10010.027800/0617-38 para Revisão de Estimativa do “Radar” consistente na alteração da modalidade limitada para ilimitada, com base no artigo 2º, I, alínea “c” da Instrução Normativa RFB 1.603/2015.

Aduz que a autoridade fazendária indeferiu o pleito administrativo da Impetrante com a fundamentação de que não ficou comprovada a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 5º, § 1º da Instrução Normativa 1.603/2015 c/c artigo 5º, § 1º da Portaria Coana nº 123/2015, consistente em que o cálculo da estimativa resultou em valor inferior a US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares norte-americanos) e que não ficou demonstrada a existência de capital disponível em ativo circulante e no balancete de verificação ou balanço patrimonial não havia saldo suficiente em 31/05/2017 capaz de alterar a submodalidade para ilimitada.

Alega ainda que, por necessitar da Revisão de Estimativa, pois havia realizado importações que ingressariam em território nacional que ultrapassariam a modalidade limitada do radar, ingressou com novo processo administrativo – Processo 10010.032776/0717-11, onde demonstrou que preenchia todos os requisitos de capacidade financeira superior à previamente estimada e que os valores a serem importados ultrapassam o valor da modalidade limitada a US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares), o que justificava a revisão da estimativa. Entretanto, a autoridade impetrada sequer analisou o mérito, arquivando o processo administrativo com o fundamento no artigo 21 da Instrução Normativa 1.603/2015.

Sustenta a impetrante que no processo administrativo 10010.032776/0717-11 (segundo processo) no qual foi proferida a decisão ora impugnada, preenche todos os requisitos legais para a Revisão de Estimativa e consequente alteração da modalidade “limitada” para “ilimitada”, pois as importações levadas a efeito pela Impetrante nos últimos meses somam a quantia de US\$ 258.293,10 (duzentos e cinquenta e oito mil, duzentos e noventa e três e dez centavos de dólares americanos), ultrapassando a modalidade limitada de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos).

Por fim, esclarece que o cadastro dos Representantes Despachantes Aduaneiros junto ao ambiente do Radar no Siscomex da Impetrante está na modalidade limitada a US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares americanos), o que atualmente impossibilita as providências legais junto às repartições aduaneiras para dar início ao despacho aduaneiro de importação das várias cargas importadas já atracadas no Brasil, em trânsito ou mesmo já embarcadas para o Brasil, o que resulta em elevados custos de estadia, “demurrage”, despesas com armazenagem e quebra de contrato com o transportador nacional contratado para transportar o bem importado ao endereço da Impetrante.

Desse modo, requer seja declarada a ilegalidade/inconstitucionalidade da previsão normativa de fixação de prazo para propositura de pedido de revisão de estimativa, devendo a autoridade fazendária apreciar o pleito administrativo da Impetrante de revisão veiculado no 2º (segundo) processo administrativo. Juntou documentos.

Foi deferida a liminar afastando-se o prazo aplicado para o protocolo do pedido de revisão (ID2710913).

Notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações e interpôs agravo de instrumento em face da decisão liminar (ID 2858559 e ID 2859763).

Manifestação do MPF, oficiando pelo regular prosseguimento do feito (ID 2959491).

Na manifestação de ID 3090306 foi informado pela impetrada o cumprimento da decisão liminar, comprovando-se a análise do requerimento administrativo de revisão de estimativa protocolado pela impetrante.

O MM. Juiz concedeu a segurança nos termos do artigo 487, I, do CPC, confirmando integralmente a liminar, para declarar a ilegalidade e inconstitucionalidade do artigo 21 da IN RFB 1.603/2015, afastando a sua aplicação no Processo Administrativo 10010.032776/0717-11, determinando que a autoridade coatora dê seguimento ao referido processo com a análise do pedido administrativo de Revisão de Estimativa da capacidade financeira da empresa ora impetrante. Sem honorários.

Em razões recursais sustenta em síntese a União Federal a reforma do *decisum*, arguindo que o impetrante apresentou dois requerimentos seguidos, sem observar o interregno de seis meses entre o protocolo do último pedido indeferido e o protocolo do segundo, o que impossibilita a análise da capacidade financeira para fins de alteração da modalidade de habilitação no SISCOEX, conforme a IN RFB nº 1603/2015 com redação dada pela IN nº 1745, de 26 de setembro de 2017. Alega a legalidade da Instrução Normativa que prevê o interregno mínimo de 6 meses entre dois requerimentos sobre o mesmo assunto – Análise de Estimativa da capacidade financeira para operar no SISCOEX.

Com contrarrazões, vieram os autos.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal (Id nº 87496571) opina pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001218-30.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: "M-WAS COMERCIAL LTDA."
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE PAULO DELARCO - SP172030-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

O MM. Juiz JULGOU PROCEDENTE o pedido inicial, nos termos do artigo 487, I, do CPC, e por conseguinte, CONCEDEU A SEGURANÇA pleiteada, confirmando integralmente a liminar, para declarar a ilegalidade e inconstitucionalidade do artigo 21 da IN RFB 1.603/2015, afastando a sua aplicação no Processo Administrativo 10010.032776/0717-11, determinando que a autoridade coatora dê seguimento ao referido processo com a análise do pedido administrativo de Revisão de Estimativa da capacidade financeira da empresa ora impetrante.

Conforme o previsto no art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1603, de 15 de dezembro de 2015, a habilitação da pessoa física responsável por pessoa jurídica importadora, exportadora ou internadora da Zona Franca de Manaus (ZFM), para a prática de atos no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), e o credenciamento dos respectivos representantes para a prática de atividades relacionadas com o despacho aduaneiro, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), poderá ser requerida pelo interessado para as modalidades expressa, limitada e ilimitada, nos seguintes termos:

"Art. 2º - A habilitação de que trata o art. 1º poderá ser requerida pelo interessado para uma das seguintes modalidades:

I - pessoa jurídica, nas seguintes submodalidades:

a) expressa, no caso de:

1. pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade anônima de capital aberto, com ações negociadas em bolsa de valores ou no mercado de balcão, bem como suas subsidiárias integrais;

2. pessoa jurídica certificada como Operador Econômico Autorizado;

3. empresa pública ou sociedade de economia mista;

4. órgãos da administração pública direta, autarquia e fundação pública, órgão público autônomo, organismo internacional e outras instituições extraterritoriais;

5. pessoa jurídica que pretenda realizar operações de exportação, sem limite de valores, e de importação, cujo somatório dos valores, em cada período consecutivo de 6 (seis) meses, seja inferior ou igual a US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América); e

6. pessoa habilitada para fruir dos benefícios fiscais concedidos para a realização dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos Jogos Paralímpicos de 2016, previstos na Lei nº 12.780, de 9 de janeiro de 2013, inclusive a contratada para representar os entes referidos no § 2º do art. 4º da referida Lei.

b) limitada, no caso de pessoa jurídica cuja capacidade financeira comporte realizar operações de importação cuja soma dos valores, em cada período consecutivo de 6 (seis) meses, seja superior a US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) e igual ou inferior a US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América); ou

c) ilimitada, no caso de pessoa jurídica com capacidade financeira que permita realizar operações de importação cuja soma dos valores seja superior a US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América);

O artigo 21 da Instrução Normativa 1.603/2015 assim dispõe:

Art. 21. Novo requerimento de habilitação ou de revisão de estimativa, protocolado nos termos dos arts. 3º ou 5º desta Instrução Normativa, será apreciado somente depois de decorrido o prazo de 6 (seis) meses contado da data do protocolo do último requerimento que tiver sido indeferido.

Todavia, há nítida violação ao direito de petição e o art. 21 da IN SRF 1.603/15 contraria outros direitos da Constituição Federal e assegurados ao administrado, como da livre iniciativa, da livre concorrência (art. 1º, IV e; art. 170, IV e parágrafo único da CF) e da legalidade (art. 5º, II da CF).

Deste modo, além de referidas violações constitucionais, a fixação de um prazo em norma hierarquicamente inferior, sem amparo legal ou constitucional viola o direito líquido e certo da APELADA de exercer livremente atividade econômica lícita, consistente na importação de bens/produtos/mercadorias estrangeiros.

Desta forma, com certeza a r. sentença merece ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento à Apelação e à Remessa Oficial.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ANÁLISE ADMINISTRATIVA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. REVISÃO. ESTIMATIVA. CAPACIDADE FINANCEIRA EMPRESARIAL. SISCOMEX. ART. 21 IN RFB 1.603/2015. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

I - Conforme o previsto no art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1603, de 15 de dezembro de 2015, a habilitação da pessoa física responsável por pessoa jurídica importadora, exportadora ou internadora da Zona Franca de Manaus (ZFM), para a prática de atos no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), e o credenciamento dos respectivos representantes para a prática de atividades relacionadas com o despacho aduaneiro, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), poderá ser requerida pelo interessado para as modalidades expressa, limitada e ilimitada, nos termos previsto na Instrução. O artigo 21 da Instrução Normativa 1.603/2015 assim dispõe: *Art. 21. Novo requerimento de habilitação ou de revisão de estimativa, protocolado nos termos dos arts. 3º ou 5º desta Instrução Normativa, será apreciado somente depois de decorrido o prazo de 6 (seis) meses contado da data do protocolo do último requerimento que tiver sido indeferido.*

II - Todavia, há nítida violação ao direito de petição e o art. 21 da IN SRF 1.603/15 contraria outros direitos da Constituição Federal e assegurados ao administrado, como da livre iniciativa, da livre concorrência (art. 1º, IV e; art. 170, IV e parágrafo único da CF) e da legalidade (art. 5º, II da CF).

III - Deste modo, além de referidas violações constitucionais, a fixação de um prazo em norma hierarquicamente inferior, sem amparo legal ou constitucional viola o direito líquido e certo da APELADA de exercer livremente atividade econômica lícita, consistente na importação de bens/produtos/mercadorias estrangeiros. Desta forma, com certeza a r. sentença merece ser mantida.

IV - Apelação e Remessa Oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Apelação e à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028534-47.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SECURITY SEGURANCA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A, ROBERTA DE LIMA ROMANO - SP235459-A, PAULO ROGERIO SEHN - SP109361-A, MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA - SP309079-S, LARISSA CARNEIRO PONTELLI - SP300803-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5028534-47.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SECURITY SEGURANCA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A, ROBERTA DE LIMA ROMANO - SP235459-A, PAULO ROGERIO SEHN - SP109361-A, MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA - SP309079-S, LARISSA CARNEIRO PONTELLI - SP300803-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Security Segurança Ltda, contra a r. sentença (Id num. 71850070), que denegou a segurança e julgou improcedente o pedido formulado na inicial, nos autos do mandado de segurança impetrado para o fim de que seja assegurado o direito à restituição, no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo adequado fixado por este Juízo, do crédito já reconhecido pela Administração em sede de Despacho Decisório proferido no processo administrativo nº 19679.721703/2018-68, correspondente ao valor histórico de R\$ 4.555.576,20.

Narra a impetrante, em síntese, que referido valor, oriundo de crédito referente ao IRPJ e reconhecido administrativamente como sendo devido, está pendente de pagamento, sem que, todavia, haja qualquer expectativa de adimplemento pela Administração Pública.

Ressalta ainda que a inércia do órgão, além de impactar negativamente nos recursos financeiros da empresa, contraria, entre outros, os princípios da moralidade e da eficiência. Neste ponto, acentua que a Lei nº 11.457/07, ao estabelecer o prazo de 360 dias para que os processos administrativos no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional sejam decididos, objetiva, na verdade, que seja considerado como desfecho conclusivo o efetivo alcance do objeto em litígio, no caso, a restituição dos créditos fiscais requeridos.

O pedido de liminar foi indeferido.

Comunicada a interposição do Agravo de Instrumento nº 5030485-43.2018.4.03.0000 (ID. 12952780).

A União Federal requereu seu ingresso no feito (ID. 13043175). Por meio das informações requisitadas, a impetrada argumentou não vislumbrar ato coator, tendo em vista que a medida objetivada demandaria prévia análise e verificação pela RFB dos créditos e débitos do contribuinte para realização de compensação de ofício, na forma do artigo 73 da Lei nº 9.430/96 (ID. 13437754).

O MM. Juiz denegou a segurança. Custas *ex lege* e sem honorários.

Em razões recursais (ID num. 71850146), sustenta em síntese a parte impetrante, a reforma do *decisum*, reiterando os argumentos da inicial.

Com contrarrazões (ID num. 71850151), vieram os autos a este E. Tribunal.

O Ilustre Representante do Ministério Público Federal (ID num. 90052158) opina pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5028534-47.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: SECURITY SEGURANCA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A, ROBERTA DE LIMA ROMANO - SP235459-A, PAULO ROGERIO SEHN - SP109361-A, MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA - SP309079-S, LARISSA CARNEIRO PONTELLI - SP300803-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

In casu, sem razão a impetrante merece ser mantida a douda decisão. Alega a impetrante, em síntese, que referido valor discutidos nos autos, oriundo de crédito referente ao IRPJ e reconhecido administrativamente como sendo devido, está pendente de pagamento, sem que, todavia, haja qualquer expectativa de adimplemento pela Administração Pública.

Ressalta ainda que a mora do órgão, além de impactar negativamente nos recursos financeiros da empresa, contrária, entre outros, os princípios da moralidade e da eficiência. Neste ponto, acentua que a Lei nº 11.457/07, ao estabelecer o prazo de 360 dias para que os processos administrativos no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional sejam decididos, objetiva, na verdade, que seja considerado como desfecho conclusivo o efetivo alcance do objeto em litígio, no caso, a restituição dos créditos fiscais requeridos.

Conforme se depreende da leitura da inicial e dos demais atos processuais, não houve a inércia da Administração, na medida em que fundamenta a autoridade impetrada: (...) *Tendo em vista a liminar deferida para determinar à autoridade impetrada que profira decisão administrativa relativa ao Pedido de Restituição (PER) nº13675.38779.050717.1.2.02-6990, referente ao crédito de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), apurado no ano-calendário de 2016, transmitido em 05/07/2017, no prazo de 30 dias, acrescido de taxa SELIC a contar da mora, ou seja, do escoamento do prazo legal para proferir a decisão, de 360 dias, a contar do protocolo dos pedidos, encaminhamos a referida ordem judicial para a Divisão de Orientação e Análise Tributária (Diort) desta DERAT/SP para as providências e integral cumprimento da decisão proferida. Todavia, a Divisão de Orientação e Análise Tributária (Diort) nos informou que o Interessado enviou 28 (vinte e oito) declarações de compensação (DCOMP), entre 20/02/2018 e 20/07/2018, para compensar vários débitos com os créditos que pretende obter por meio do Pedido de Restituição (PER) nº13675.38779.050717.1.2.02- 6990, motivo pelo qual somente será possível apurar saldo para pagamento após a conclusão das análises das declarações de compensação apresentadas pelo próprio Impetrante e proceder à eventual compensação de ofício. Tendo em vista que o artigo 24 da Lei nº 11.457/07, dispõe sobre o prazo para decisão administrativa, em até 360 (trezentos e sessenta) dias, contados do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte, solicitamos a dilação do prazo concedido para a restituição (se este for o caso), para que este passe a contar do encerramento do prazo para as análises das declarações de compensação protocoladas pelo Impetrante*".

A administração pública está sujeita aos comandos constitucionais do artigo 37 da Constituição Federal (*Art. 37 .A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*), que alçou à diretrizes constitucionais a legalidade e eficiência da administração pública.

O comando constitucional não deixa dúvidas, o agente público deverá zelar pelo pronto cumprimento das leis. No entanto, sem um mínimo de elementos que comprovem o descumprimento da Lei nº 11.457/2007 e a previsão do prazo legal de 360 dias para análise e conclusão do pleito da impetrante, não há como vislumbrar qualquer ilegalidade ou abusividade praticada pela autoridade impetrada.

Nesse sentido:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. SUSPEITA DE OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE E DE SUBFATURAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. *Trata-se de Mandado de Segurança que visa à invalidação do Termo de Início de Fiscalização originário do Registro de Procedimento Fiscal nº 0727600-2008-00683-1 e 00682-3, que incluiu a Impetrante, ora Apelante, em Regime Especial de Fiscalização, com sua consequente exclusão no referido Regime, bem como a cessão dos efeitos previstos na IN SRF nº 206/02.*

2. *À luz da IN SRF nº 228/02, da Secretaria da Receita Federal, que dispõe sobre o procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas, as empresas que revelarem indícios de incompatibilidade entre os volumes transacionados no comércio exterior e a capacidade econômica e financeira evidenciada ficarão sujeitas a procedimento especial de fiscalização. Este procedimento visa a identificar e coibir a ação fraudulenta de interpostas pessoas em operações de comércio exterior.*

3. A IN SRF nº 206/2002, revogada pela Instrução Normativa RFB nº 1.169/11, previa, como situação apta a ensejar a retenção da mercadoria importada, até que seja concluído o procedimento de fiscalização, a suspeita de ocultação do seu real comprador e de falsidade no valor da mercadoria.

4. In casu, verifica-se que um dos sócios da empresa Impetrante, beneficiária do FUNDAP, também foi sócio do adquirente/cliente das mercadorias, o que fez com que a Alfândega, no exercício de seu Poder de Polícia, exigisse a apresentação de novos documentos e informação a fim de averiguar eventual fraude no real proprietário dos bens, ou para comprar os preços declarados com os no praticados mercado, sendo apurados indícios de subfaturamento e de irregularidades na declaração do exportador:

5. Presentes as irregularidades apontadas, afigura-se lícita e indispensável a submissão da Impetrante ao Regime Especial de Fiscalização instituído pela IN SRF nº 228/02, que, diversamente do que aduziu a Apelante, foi devidamente motivada, conforme se observa do Termo de Início da Ação Fiscal e Retenção de Mercadorias.

6. *Apelação desprovida.*” (TRF2 - AC 200850010123885, *Quinta Turma Especializada, Desembargador Guilherme Diefenthaler*; DJ: 17/12/2013, DJF2R: 17/01/2014)

Do mesmo modo, não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de restituição, pois não cabe ao Poder Judiciário antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

Ainda que concluída a análise do pedido de restituição, se houver o reconhecimento de créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.

Nesse sentido:

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A EC 45/04 acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Lei Maior, dispondo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Movido por tal garantia constitucional, foi editada a Lei 11.457/07, acerca da qual se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de impor à Administração, nos pedidos de restituição, a análise dos feitos no prazo previsto pelo respectivo artigo 24: "é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte". 2. Na espécie, consta dos autos que o requerimento administrativo foi protocolado em 03/07/2014, sendo impetrado o presente mandado de segurança em 18/01/2016, com liminar parcialmente concedida para análise do pedido administrativo em 60 (sessenta) dias, em 29/02/2016. Em suas informações, a autoridade coatora requereu a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias, revelando, pois, a procedência parcial do pedido, tal como reconhecido pelo Juízo a quo. 3. **Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.** 4. **Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.** 5. *Apelação e remessa oficial desprovidas.* (AMS 00009462420164036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) - grifei.*

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO PARA PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. PRAZO DE 360 DIAS PARA PETIÇÕES E DEFESAS. AUSÊNCIA DE DECURSO DE PRAZO. RECURSO NÃO PROVIDO - No que se refere a pedidos de ressarcimento ou restituição de créditos, aplicável os ditames da Lei n. 11.457/2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal e prevê o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para prolação de decisões administrativas, descabendo falar no prazo assinalado pela Lei n. 9.784/1999, que cuida do processo administrativo federal em caráter geral. - Nesse sentido, a lição de Leandro Paulsen: Prazo legal para decisão. 360 dias. O prazo para que o Fisco se manifeste em processos administrativos relativos a pedidos de ressarcimento e para que decida acerca de impugnações ou recursos interpostos pelo contribuinte é de 360 dias, conforme a Lei 11.457, de 16 de março de 2007: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte". (Direito Tributário. 10ª edição. Porto Alegre, 2008, p. 1022) - Infere-se que o regramento supra se coaduna à garantia constitucional prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º, segundo a qual, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", não se vislumbrando, ademais, ilegalidade ou falta de razoabilidade quanto ao prazo delimitado, sobretudo em razão do excessivo número de processos que tramitam na via administrativa. - Com efeito, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.138.206/RS, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, pacificou entendimento no sentido de que a norma do artigo 24 da Lei nº 11.457/07 ostenta natureza processual fiscal e deve ser aplicada de imediato aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes, sendo inadmissível que a Administração Pública postergue a solução dos processos administrativos. - O documento apresentado a fls. 112 demonstra que o pedido de ressarcimento n. 42425.65034.040515.1.2.02-1077 foi analisado pela RFB. **No tocante ao prazo de efetiva restituição, necessário salientar que o prazo constante dos ditames da Lei n. 11.457/2007 aplica-se à prolação de decisões administrativas, não existindo no art. 24 determinação de prazo para o pagamento. - Ademais, não há, no caso, como reconhecer o pedido de disponibilização imediata dos valores, vez que a Receita Federal possui uma dinâmica de trabalho, baseada em datas de protocolos, que não pode ser alterada pelo judiciário sem que exista alguma ilegalidade/irregularidade no procedimento ou motivo de força maior.** - Recurso não provido. (AI 00189239320164030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) - grifei.

Assim, não vislumbro a possibilidade da interferência do Poder Judiciário na gestão administrativa, devendo, desta forma, ser mantida a douda sentença.

Diante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ADMINISTRAÇÃO. LEGALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I - *In casu*, sem razão a impetrante merece ser mantida a douda decisão. Conforme se depreende da leitura da inicial e dos demais atos processuais, não houve a inércia da Administração.

II - A administração pública está sujeita aos comandos constitucionais do artigo 37 da Constituição Federal (*Art. 37 .A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*), que alçou à diretrizes constitucionais a legalidade e eficiência da administração pública.

III - O comando constitucional não deixa dúvidas, o agente público deverá zelar pelo pronto cumprimento das leis. No entanto, sem um mínimo de elementos que comprovem o descumprimento da Lei nº 11.457/2007 e a previsão do prazo legal de 360 dias para análise e conclusão do pleito da impetrante, não há como vislumbrar qualquer ilegalidade ou abusividade praticada pela autoridade impetrada.

IV - Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de restituição, pois não cabe ao Poder Judiciário antecipar o próprio objeto do pleito administrativo. Ainda que concluída a análise do pedido de restituição, se houver o reconhecimento de créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.

IV - Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001716-92.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: AKIRAAZUMA
Advogado do(a) APELANTE: JOSE AUGUSTO DE AQUINO CUNHA - SP54282-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001716-92.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: AKIRAAZUMA
Advogado do(a) APELANTE: JOSE AUGUSTO DE AQUINO CUNHA - SP54282-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos opostos por AKIRAAZUMA à Execução Fiscal nº 0003650-98.2003.403.6121, que objetiva a cobrança de créditos tributários de IRPF inscritos na CDA nº 80.1.03.001257-05.

Sustenta o embargante, em síntese, a nulidade de processo administrativo fiscal pela ocorrência de prescrição intercorrente, bem como a nulidade do próprio lançamento diante de sua inconstitucionalidade, com a consequente extinção do crédito tributário (Id. nº 7121986).

A sentença julgou improcedentes os embargos (Id. nº 7121999 - fls. 11/14 e Id. nº 7122000 – fls. 01/04).

Apela o embargante, reiterando as questões aduzidas na inicial (Id. nº 7122000 – fls. 09/12 e Id. nº 7122001 – fls. 01/04).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte Regional.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001716-92.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: AKIRAAZUMA
Advogado do(a) APELANTE: JOSE AUGUSTO DE AQUINO CUNHA - SP54282-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A discussão a respeito da prescrição intercorrente administrativa foi decidida por este Tribunal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0015162-25.2014.4.03.0000/SP, de relatoria da Desembargadora Federal DIVA MALERBI, interposto contra decisão que rejeitou a Exceção de Pré-Executividade, decidido nos seguintes termos:

“Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por AKIRA AZUMA, em face de decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 1ª Vara de Taubaté/SP que, em ação de execução fiscal, além de deferir a penhora por meio do sistema BACEN-JUD, rejeitou exceção de pré-executividade interposta com o objetivo de declarar a nulidade de processo administrativo fiscal pela ocorrência de prescrição intercorrente, bem como a nulidade do próprio lançamento diante de sua inconstitucionalidade, com a consequente extinção do crédito tributário.

Relata a agravante que foi autuada em 19.01.1996 por suposta omissão de rendimentos tributáveis aferida exclusivamente com base em extratos bancários, com fundamento na Lei nº 8.021/90 (art. 6º) c/c a Lei nº 7.713/88 (arts. 1º a 3º), sendo que apresentou em 26.02.1996, ou seja, dentro do prazo legal de 30 dias, sua impugnação ao lançamento fiscal e somente em 13.11.2002 sobreveio julgamento pela Delegacia Regional de Julgamento, tendo a Fazenda Nacional em menos de seis meses adotado as medidas administrativas tendentes à cobrança forçada do suposto crédito. Aduz, em síntese, ser cabível a exceção de pré-executividade, tendo em vista a ocorrência da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, que ficou paralisado por quase sete anos, de modo que o lançamento fiscal é absolutamente nulo. Afirma, ainda, que os motivos que ensejaram a autuação foram equivocados, já que somente a existência de efetivo e real acréscimo patrimonial é que autoriza a incidência do imposto de renda, não bastando meros indícios de riqueza que não acresçam positivamente o patrimônio do contribuinte, ressaltando a ilegalidade de processos administrativos que tenham por objeto a cobrança de imposto de renda arbitrado exclusivamente com base em extratos ou depósitos bancários, de modo que se revela absolutamente nulo o lançamento do IRPF.

Requer a concessão de efeito suspensivo, determinando-se a suspensão do trâmite da execução fiscal até o final julgamento do recurso e, ao final, o provimento integral do agravo de instrumento para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão fazendária, a nulidade do lançamento e a inexigibilidade do crédito fiscal, reformando-se a r. decisão agravada e decretando a extinção da execução fiscal.

Decido.

(...)

A questão vertida nos autos consiste no reconhecimento, em sede de exceção de pré-executividade, da prescrição intercorrente no processo administrativo, bem como da nulidade do lançamento, a fim de ser decretada a extinção do crédito tributário.(...)

Verifica-se que a prescrição é matéria cognoscível de ofício pelo juiz, na forma do art. 219, § 5º, do CPC, razão pela qual se encontra entre as questões que podem ser suscitadas via exceção de pré-executividade, desde que para sua aferição não haja necessidade de dilação probatória.

Contudo, não há que se falar na incidência da prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, conforme orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE E DO PRAZO PRESCRICIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEMORA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste 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. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. Todavia, a análise, no presente caso, de que ocorreu demora injustificada no encerramento do processo administrativo fiscal capaz de configurar prescrição intercorrente esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III, do CTN. Assim, somente a partir da notificação do resultado do recurso tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência da prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 173.621/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ARGUMENTO DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 174, DO CTN. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PARA RECORRER. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Deveras, consoante assente, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. O recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão ex officio, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica.

4. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório encartado nos autos, bem como das cláusulas estipuladas no acordo firmado entre as partes e acostado às fls. 150/151, insindivável nesta via especial, em face da incidência dos verbetes sumulares n.ºs 05 e 7 do STJ.

5. (...).

14. Recurso especial desprovido.

(REsp 1113959/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 11/03/2010)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INÍCIO DO PRAZO APENAS COM A NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DO RESULTADO DO RECURSO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Decidiu também esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. A prescrição é a perda do direito de ação de executar o crédito tributário no prazo de cinco anos contados da constituição definitiva do referido crédito. Artigo 174, "caput", do CTN.
2. A constituição definitiva do crédito tributário depende do comportamento do contribuinte em face do lançamento.
3. Caso o contribuinte, após o lançamento, não impugne o crédito tributário, a constituição definitiva ocorrerá ao término do prazo previsto na lei, de trinta dias na esfera administrativa federal, para que seja protocolizada a impugnação, constituindo-se definitivamente após esse prazo.
4. Se o contribuinte impugnar o débito na via administrativa, a constituição ocorrerá com a última decisão administrativa, da qual não couber mais recurso. Infere-se, pois, que a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa enquanto pendente o processo administrativo.
5. Releva notar que não corre o prazo prescricional no interstício de discussão do direito creditório, seja em âmbito judicial, seja no âmbito administrativo.
6. Não se pode falar em prescrição intercorrente na pendência de recurso administrativo. Precedentes.
7. É firme a jurisprudência de que, na hipótese em que houver impugnação administrativa do lançamento tributário, não há que se falar em curso do prazo de prescrição ou de decadência, tendo em vista a não constituição definitiva do crédito.
8. O termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, é a data da notificação do contribuinte sobre o resultado do julgamento do recurso pela autoridade administrativa. Precedentes.
9. Inocorrência da prescrição intercorrente administrativa e da preempção.
10. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0009934-06.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 13/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/10/2013)

AÇÃO ANULATÓRIA - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INAPLICABILIDADE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

1. A lavratura do auto de infração constitui o crédito tributário, nos termos do artigo 142 do C.T.N. A partir da interposição da impugnação administrativa, não mais corre o prazo de decadência, não fluindo, também, o prazo de prescrição, em face da suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, III do Código Tributário Nacional. O prazo de prescrição somente começa a correr após a decisão administrativa final da impugnação, conforme o artigo 174 do mesmo codex.
2. Não há hipótese da chamada "prescrição intercorrente", no curso do processo administrativo fiscal, conforme precedentes reiterados do E. Superior Tribunal de Justiça (RESP 485730/RO).
3. Não há prazo fixo e certo para a duração do processo administrativo fiscal. Ainda que ultrapassados os cinco anos, desde a lavratura do auto de infração, até o julgamento administrativo definitivo, não há falar nem em decadência, nem em prescrição.
4. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0035856-73.1999.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO SANTORO FACCHINI, julgado em 21/07/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/07/2011 PÁGINA: 693)

No tocante à nulidade do lançamento do IRPF, como bem assinalou o Juízo a quo: 'Quanto à alegação de incidência indevida do imposto de renda, referido questionamento requer análise de provas, sendo matéria a ser apreciada em sede de embargos, posto que a exceção de pré-executividade está voltada para aquelas matérias nas quais o juiz pode conhecer e decidir de ofício - matérias de ordem pública e nulidades absolutas, como têm enfatizado os precedentes do STJ.'"

Nesse contexto, de rigor o reconhecimento da preclusão consumativa quanto ao tema prescrição, fato que impede a sua rediscussão, nos termos dos artigos 471 e 473, do Código de Processo Civil de 1973, com previsão nos artigos 505, caput, e 507 do CPC/2015.

Destaque-se, no mesmo sentido, a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Terceira Turma:

"PROCESSO CIVIL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DA MESMA MATÉRIA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. A preclusão não se confunde com a litispendência, porquanto, em relação ao primeiro instituto, dispõe o art. 473 do CPC: "Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão." A litispendência, por seu turno, é conceituada no art. 301, § 3º do CPC, como a repetição de ação em curso.

2. In casu, efetivamente ocorreu a preclusão consumativa porquanto a matéria prescricional restou deduzida em exceção de pré-executividade, reiterada nos embargos, sendo certo que aquele incidente desafia recurso próprio de agravo de instrumento, posto deduzido interinamente na execução fiscal.

3. Recurso especial desprovido."

(REsp 893.613/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009, g.n.)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO EM EMBARGOS. NULIDADES E EXCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A tese de prescrição defendida pelos presentes embargos já foi afastada, quando o Juízo a quo em decisão proferida em exceção de pré-executividade, sem qualquer notícia de recurso. Diante disso, o Juízo a quo extinguiu os embargos sem julgamento do mérito, quanto à alegação de prescrição, por litispendência (artigo 267, V, do CPC/1973). A despeito da impugnação, deve ser mantida a extinção, porém por fundamento diverso, qual seja, preclusão consumativa, nos termos de jurisprudência assim firmada.

2. A cumulação de juros e multa moratória, na apuração do crédito tributário, decorre da natureza distinta de cada qual dos acréscimos, legalmente previstos, não se configurando a hipótese de excesso de execução.

3. Consolidada a jurisprudência quanto à validade da aplicação, na execução fiscal de débitos fiscais, da multa moratória de 20%, nos termos da Lei 9.430/1996.

4. Apelação desprovida."

(AC nº 0001143-02.2014.4.03.6115/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, j. 30/06/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DISCUSSÃO SOBRE NULIDADE DA EXECUÇÃO POR SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO AFETA À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO. LITISPENDÊNCIA EM RELAÇÃO À LEGITIMIDADE DO DÉBITO. OCORRÊNCIA. ENCARGO DE 20% DO DECRETO-LEI Nº 1.025/69. LEGITIMIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A alegação de nulidade da execução por força da suspensão da exigibilidade do crédito quando do seu ajuizamento, diante de anterior liminar concedida na demanda anulatória, foi ventilada em prévia exceção de pré-executividade rejeitada em Primeiro Grau e objeto do Agravo de Instrumento de nº 0015429-70.2009.4.03.0000, julgado nesta mesma oportunidade. Descabida a renovação da discussão em embargos à execução, por força da preclusão consumativa, uma vez que a parte já se valeu do meio processual da exceção de pré-executividade para análise da questão supra, que deve ser decidida no âmbito daquele agravo.

2. 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. No caso, a própria recorrente reconhece que a legitimidade do débito é debatida tanto na demanda anulatória como nos presentes embargos, de sorte que inevitavelmente cabe reconhecer a litispendência. Pacífico o entendimento desta Terceira Turma acerca do reconhecimento da litispendência entre embargos à execução fiscal e ação anulatória, quando presente a identidade de ações. Impossível cogitar de eventual reunião ente a execução e a demanda anulatória, dada a competência funcional das Varas de Execuções Fiscais desta Capital.

3. O encargo de 20% do Decreto-lei nº 1.025/69 já teve sua legalidade e sua constitucionalidade reconhecidas inúmeras vezes não só por este E. Tribunal, mas também pelo STJ e pelo STF.

4. Recurso de apelação desprovido."

(AC nº 0048169-62.2009.4.03.6182/SP, Relator Desembargador Federal Nilton dos Santos, Terceira Turma, j. 06/06/2018)

Portanto, há óbice à rediscussão sobre a questão da prescrição administrativa.

O mesmo não se pode dizer quanto à discussão sobre a inexigibilidade da exação, uma vez que, embora aduzida na exceção de pré-executividade, não restou decidida no incidente.

Aduz o embargante ser indevida a incidência de IRPF sobre supostas omissões de rendimentos tributáveis aferidas com base em extratos bancários.

Consta dos autos que o embargante não conseguiu comprovar a origem de todos os valores creditados em suas contas bancárias.

Nos termos da Lei nº 9.430/1996, art. 42, que trata da presunção relativa de omissão de bens, pode o Fisco lançar o imposto correspondente, transferindo ao contribuinte os ônus de elidir a imputação no tocante à comprovação da origem dos recursos.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. OMISSÃO. INTEGRAÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Trata-se de ação de conhecimento, pelo rito ordinário, em que se objetiva a anulação do débito fiscal inscrito na Dívida Ativa nº 8010704546893, referente ao imposto de renda pessoa física constituído a partir de extratos bancários das contas correntes de titularidade dos autores, requisitados pela autoridade fiscal às instituições financeiras sem autorização judicial, bem como a nulidade do arrolamento de bens e direitos efetuado pela autoridade fiscal no âmbito dos processos administrativos fiscais, e o trancamento da execução fiscal em trâmite perante o Juízo da 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas/SP. O v. Acórdão deu provimento aos embargos de declaração opostos pela União Federal para, suprimindo a omissão apontada, conceder-lhes efeitos infringentes tendo em vista que o E. Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 601.314/SP, em 24/02/2016, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que o artigo 6º, da LC 105/01, não ofende o direito constitucional ao sigilo bancário, para negar provimento à apelação da parte autora. Os embargantes sustentam omissão no acórdão embargado, pois, afastada a tese de inconstitucionalidade do artigo 6º, da LC 105/01, deveriam ter sido analisadas as demais teses ventiladas na petição inicial e na apelação interposta, quais sejam, a ilegalidade do crédito tributário constituído exclusivamente com base nos extratos bancários do contribuinte e ausência de ação penal ajuizada pelo Ministério Público relativamente aos mesmos fatos; existência de bitributação relativamente às aplicações financeiras, que já sofreram retenção do imposto de renda no momento do resgate; e caráter confiscatório da multa imposta.

2. Tendo em vista que os contribuintes, devidamente intimados, não comprovaram, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em conta corrente, ficou configurada a omissão de receita e a autoridade administrativa procedeu ao arbitramento do tributo, nos termos do artigo 42, da Lei nº 9.430/96.

3. Referida norma estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento. É a própria lei definindo que os depósitos bancários de origem não comprovada caracterizam omissão de receita ou de rendimentos. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Trata-se de presunção relativa (jures tantum), reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário, chamada "inversão do ônus da prova".

4. A jurisprudência pátria consolidou entendimento acerca da legalidade do lançamento do imposto de renda com base na presunção relativa prevista no artigo 42, da Lei nº 9.430/96, cabendo ao contribuinte o ônus da prova da origem dos recursos depositados em conta bancária.

5. No caso presente, verifica-se que os contribuintes, não obstante tivessem ampla oportunidade de fazê-lo, não lograram comprovar, nem no âmbito do processo administrativo-fiscal, nem no presente feito, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados.

6. Dos Autos de Infração e Anexos depreende-se que foram considerados apenas os depósitos em cheque e em dinheiro realizados nas contas correntes de titularidade dos autores, excluídos das relações de créditos não comprovados os resgates de aplicações financeiras. Portanto, não há que se falar em tributação.

7. Em razão da independência entre as instâncias administrativa e penal, a ausência de persecução penal relativamente aos mesmos fatos não é causa de anulação do débito fiscal lavrado pela autoridade administrativa competente.

8. Se a incompatibilidade entre a movimentação financeira e a declaração de renda no ano-calendário de 1998 não foi justificada, está caracterizada a omissão de receita, nos termos do artigo 42, da Lei nº 9.430/96, devendo ser mantido o lançamento efetuado de ofício pela autoridade administrativa.

9. Ausente caráter confiscatório da multa imposta nos termos do artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, pois a hipótese é de cobrança de multa punitiva, aplicada de ofício, em virtude de sonegação fiscal, o que justifica o percentual cominado pela legislação.

10. Embargos de declaração parcialmente providos tão somente para integrar o v. Acórdão.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap 0005326-56.2008.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, julgado em 06/10/2016)

Nem se alegue que somente pode ser considerada renda o que tenha nexa causal demonstrado pela fiscalização, na hipótese foram realizados diversos depósitos bancários na conta do autor cuja origem não foi comprovada na via administrativa e nem na judicial, sendo que o ônus de tal prova é do contribuinte, nos termos do art. 42, da Lei nº 9.430/1996:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Medida Provisória nº 1.563-7, de 1997) (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Cabe esclarecer que o cálculo do tributo é um critério matemático, não havendo óbice legal para que se apure o *quantum debeatur* com espeque nos valores depositados em conta. A falta de acúmulo de patrimônio ou a ausência de ostentação são condições ou características pessoais que nem sempre revelam a escassez de renda, sendo que os extratos bancários são elementos concretos que podem ser considerados para fins de quantificação do tributo, cabendo ao contribuinte comprovar a origem dos créditos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA APRECIADA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF). PRESUNÇÃO RELATIVA DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DO CONTRIBUINTE. LANÇAMENTO REGULAR. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I - A jurisprudência pátria firmou entendimento de que a rediscussão, em sede de embargos, de questão deduzida anteriormente em exceção de pré-executividade, importa no reconhecimento da preclusão consumativa.

II - Descabida a rediscussão, em sede de embargos à execução fiscal, da prescrição, matéria objeto da exceção de pré-executividade.

III - Nos termos da Lei nº 9.430/1996, art. 42, que trata da presunção relativa de omissão de bens, pode o Fisco lançar o imposto correspondente, transferindo ao contribuinte os ônus de elidir a imputação no tocante à comprovação da origem dos recursos.

IV - Nem se alegue que somente pode ser considerada renda o que tenha nexos causal demonstrado pela fiscalização, na hipótese foram realizados diversos depósitos bancários na conta do autor cuja origem não foi comprovada na via administrativa e nem na judicial, sendo que o ônus de tal prova é do contribuinte.

V – O cálculo do tributo é um critério matemático, não havendo óbice legal para que se apure o *quantum debeat* com espeque nos valores depositados em conta. A falta de acúmulo de patrimônio ou a ausência de ostentação são condições ou características pessoais que nem sempre revelam a escassez de renda, sendo que os extratos bancários são elementos concretos que podem ser considerados para fins de quantificação do tributo, cabendo ao contribuinte comprovar a origem dos créditos.

VI - Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008913-64.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: LEON DAMO

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO DA COSTA CASTAGNA - SP325751-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008913-64.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: LEON DAMO

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO DA COSTA CASTAGNA - SP325751-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Leon Damo, contra a r. sentença (Id num 10214518), que julgou improcedente o pedido formulado nos autos do mandado de segurança, objetivando determinar ao DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO que providenciasse o cancelamento do arrolamento de bens e direitos realizado pela Delegacia Especial de Fiscalização, no Processo Administrativo nº 19515.720052/2018-61, em que foi lavrado Auto de infração em face da empresa Maxi Barras Indústria e Comércio de Metais Eirelli, em que havia responsabilidade solidária do Impetrante.

Narra o impetrante, ora Apelante, que recebeu, em 17/01/2018, “*Termo de Arrolamento de Bens e Direitos*” no valor de R\$ 14.038.959,21, consubstanciado no Processo Administrativo n. 19515.720052/2018-61, “sob a alegação de que referido arrolamento se deu em virtude do auto de infração n. 19515.721.179/2017-17, lavrado contra MaxiBarras Indústria e Comércio de Metais Eirelli, no valor de R\$ 16.773.211,47, com irregular responsabilização solidária do impetrante”. Alega que, embora o valor do crédito tributário supere o limite de R\$ 2.000.000,00, indicado no art. 1º do Decreto n. 7.573/2011, “o termo de arrolamento realizado pela Receita Federal se mostra ilegal e deve ser cancelado, uma vez que o principal requisito para o seu deferimento não foi alcançado (que o passivo tributário do contribuinte supere 30% do seu patrimônio conhecido)”.

Alega que, embora o valor do crédito tributário supere o limite de R\$ 2.000.000,00, indicado no art. 1º do Decreto n. 7.573/2011, “o termo de arrolamento realizado pela Receita Federal se mostra ilegal e deve ser cancelado, uma vez que o principal requisito para o seu deferimento não foi alcançado (que o passivo tributário do contribuinte supere 30% do seu patrimônio conhecido)”.

Aduz ser titular de patrimônio no valor de R\$ 30.123.769,72, “o que é quase o dobro do débito que lhe é indevidamente exigido nos autos administrativos n. 19515.721.179/2017-17, o que, por si só, inviabiliza o arrolamento de bens”.

A apreciação do pedido liminar foi postergada para após a vinda das informações (Id 5828281).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (ID 7966638). Em sede preliminar, suscitou inadequação da via eleita. No mérito, afirmou que, no ano de 2017, a empresa Maxi Barras Indústria e Comércio de Metais Eirelli foi fiscalizada e, em decorrência dos ilícitos constatados, houve a lavratura de auto de infração, cujo montante é de R\$ 16.773.211,47. Aduziu que foi atribuída a responsabilidade solidária ao impetrante, 'em virtude de ter sido constatado de forma irrefutável, comprovada com prova farta e harmônica, que o Sr. Leon Damo exerceu de fato a gestão da empresa fiscalizada e praticou atos com excesso de poderes e infração dolosa à lei. Assim, em perfeito consonância com a Lei n. 9.532/1997, c/c Instrução Normativa RFB n. 1.565/2015, foi realizado o arrolamento de bens no valor de R\$ 14.038.959,21'. Alegou, por fim, que o crédito tributário representa 55,68% do patrimônio conhecido do impetrante, ou seja, quase o dobro do limite mínimo exigido para a realização do arrolamento de bens. O impetrante manifestou-se sobre as informações prestadas pela autoridade, afirmando a incorreta interpretação do instituto do arrolamento, bem assim a não submissão a ele de multa administrativa de 150% (cento e cinquenta por cento), porque de caráter punitivo (Id 8090743).

O MM. Juiz julgou improcedente o pedido. Sem honorários.

Inconformado, o Impetrante interpôs apelação (Id num. 10214538) em que alegou negativa de vigência ao art. 64 da Lei 9.532/97, bem como o fato de o Impetrante não ser o sujeito passivo do lançamento tributário.

Com contrarrazões (Id num. 10214577), vieram os autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 29453051).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008913-64.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: LEON DAMO

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO DA COSTA CASTAGNA - SP325751-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

*

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

O arrolamento de bens e direitos, previsto no artigo 64 e seguintes da Lei 9.532/97, ocorrerá quando o montante dos créditos tributários existentes em nome do contribuinte superar R\$ 2.000.000,00, nos termos do Decreto 7.573/2011, e, ainda, 30% de seu patrimônio conhecido.

A referida medida administrativa possui natureza eminentemente cautelar, por meio da qual a autoridade administrativa efetua um levantamento dos bens do contribuinte, arrolando-os, a fim de evitar que contribuintes em débito com o Fisco se desfaçam de seu patrimônio, sem o conhecimento da autoridade tributária, o que poderia prejudicar eventual ação fiscal.

Assim consta do citado artigo 64 da Lei 9.532/97:

“Art. 64: A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

§ 1º Se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física, no arrolamento devem ser identificados, inclusive, os bens e direitos em nome do cônjuge, não gravados com a cláusula de incomunicabilidade.

§ 2º Na falta de outros elementos indicativos, considera-se patrimônio conhecido, o valor constante da última declaração de rendimentos apresentada.

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo.

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será registrado independentemente de pagamento de custas ou emolumentos:

I - no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis;

II - nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados;

III - no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos.

§ 6º As certidões de regularidade fiscal expedidas deverão conter informações quanto à existência de arrolamento.

§ 7º O disposto neste artigo só se aplica a soma de créditos de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (Vide Decreto nº 7.573, de 2011)

§ 8º Liquidado, antes do seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, a autoridade competente da Secretaria da Receita Federal comunicará o fato ao registro imobiliário, cartório, órgão ou entidade competente de registro e controle, em que o termo de arrolamento tenha sido registrado, nos termos do § 5º, para que sejam anulados os efeitos do arrolamento.

§ 9º Liquidado ou garantido, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, após seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, a comunicação de que trata o parágrafo anterior será feita pela autoridade competente da Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 10. Fica o Poder Executivo autorizado a aumentar ou restabelecer o limite de que trata o § 7º deste artigo.

Logo, de acordo com essa natureza cautelar, adotou-se critério político para determinar o valor do débito que ensejaria a necessidade de arrolamento administrativo com a finalidade de acompanhar o patrimônio do devedor e garantir os créditos tributários.

Antes do Decreto 7.573/11, o arrolamento de bens estabelecido pelo art. 64 da Lei 9.532/97 exigia que o débito fosse superior R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e a 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do devedor. Após o referido Decreto, o valor mínimo para a realização do arrolamento passou a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

No caso em tela, conforme consta na relação de Créditos Tributários e Demonstrativo de Cálculo (ID do documento 5725122), os débitos ultrapassam um montante superior a R\$ 2.000.000,00 e superam 30% do patrimônio declarado pelo Impetrante em sua Declaração de Ajuste Anual do ano- calendário 2016 (ID do documento 5725122)

Assim, não merece quaisquer reparos a r. sentença recorrida, valendo aqui transcrever a trechos da fundamentação do *decisum*: “O impetrante, na qualidade de gestor de fato que praticou atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos”, tornou-se devedor solidário do indébito tributário e, por conseguinte, não detém de meios de objeção quanto ao arrolamento dos seus bens. Uma vez que não dispõe de benefício de ordem na solidariedade passiva do crédito tributário, pode o Estado cobrar apenas de um dos devedores solidários, escolhendo entre estes, aquele que irá pagar a dívida, no seu todo ou em parte. Inicialmente, observo que a situação dos autos nada tem a ver com o arrolamento de bens de que trata o Decreto nº 70.235/72, julgado inconstitucional pelo E. STF. Aquele se trata de arrolamento como pressuposto de admissibilidade de recurso. Na hipótese dos autos, o arrolamento, disciplinado pela Lei nº. 9.532/97 (art. 64) visa, tão somente, a preparar eventual futura execução, se a medida vier a se justificar. E tal providência não implica qualquer inconstitucionalidade. Não representa qualquer limitação ao direito de propriedade, porque os bens mantêm sua disponibilidade, podendo ser livremente alienados, ou onerados, bastando a comunicação à Secretaria da Receita Federal (Lei nº 9.532/97, art. 64, § 3º). No caso, houve perfeita observância aos preceitos legais, visto que o Processo Administrativo n. 19515.720052/2018-61 foi instaurado, nos termos da Lei nº 9.532/97, e o crédito tributário apurado, no montante de R\$ 16.773.211,47, é superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões), bem como excede o patamar de 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do impetrante (art. 64 e § 7º), cumprindo, deste modo, o preenchimento cumulativo dos requisitos necessários ao arrolamento de bens. De fato, conforme informado pela autoridade coatora, o patrimônio conhecido do impetrante, extraído da sua Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário 2016, é de R\$ 30.123.769,72. Logo, o valor do crédito tributário, de R\$ 16.773.211,47 supera 30% (trinta por cento) do patrimônio declarado pelo impetrante.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DEVEDORA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO CUJA CONCLUSÃO RESULTA DA ANÁLISE DO ACERVO

PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. À míngua de previsão específica na Lei n. 9.532/1997, razoável aplicar ao arrolamento administrativo regras previstas para o deferimento de medida cautelar fiscal, principalmente, no que se refere à possibilidade de averbação de sua ocorrência em registros públicos de bens de terceiros.

2. Embora o arrolamento administrativo, via de regra, refira-se somente aos bens do próprio devedor tributário, há situações em que a responsabilidade pelo pagamento do tributo poderá ser atribuída a terceiros, de forma solidária ou subsidiária, de tal sorte que, na constatação da existência de fraude, ilícitos penais correlatos ou de alguma das situações previstas nos artigos 132, 133, 134 e 135 do CTN, pode o fisco proceder ao arrolamento de bens que não sejam da propriedade do devedor originário, desde que comprove os requisitos legais necessários à responsabilização.

3. Além de ser excepcionalíssima a permissão para o arrolamento administrativo de bens de terceiros, sua averbação em registros públicos está condicionada, obrigatoriamente, à comprovação dos requisitos legais para a responsabilização, solidária ou subsidiária, não se permitindo que simples inadimplemento de tributo seja motivação adequada e suficiente para sua ocorrência. A propósito, *mutatis mutandis*: MC 7.531/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 22/03/2004; REsp 722.998/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28/04/2006; REsp 962.023/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/03/2012; REsp 1141977/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 04/10/2010.

4. Especificamente no caso em análise e considerando o contexto fático-probatório delineado no acórdão recorrido, conclui-se pela adequação do **arrolamento** dos bens dos sócios e a respectiva averbação, mormente porque revelador de "indícios de abuso da personalidade jurídica, especificamente, pela confusão patrimonial entre a empresa autuada, sócios e administrador (art. 50, do CC)". Essa conclusão não pode ser infirmada sem o reexame das provas dos autos, o que é vedado em recurso especial, conforme entendimento contido na Súmula n. 7 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Resp 1420023, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ 13/10/2015).

“TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS DO CONTRIBUINTE EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 64, DA LEI 9.532/97. INEXISTÊNCIA DE GRAVAME OU RESTRIÇÃO AO USO, ALIENAÇÃO OU ONERAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SUJEITO PASSIVO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEGALIDADE DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA.

1. O arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária pode ocorrer: 1) por iniciativa do contribuinte, para fins de seguimento do recurso voluntário interposto contra decisão proferida nos processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União (Decreto nº 70.235/72) ou, em se tratando de Programa de Recuperação Fiscal - Refis, para viabilizar a homologação da opção nos termos da Lei nº 9.964/00; e 2) por iniciativa da autoridade fiscal competente, para acompanhamento do patrimônio passível de ser indicado como garantia de crédito tributário em medida cautelar fiscal. 2. O arrolamento de bens de iniciativa da Administração Tributária encontra-se regulado pela Lei 9.532/97, na qual foi convertida a Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997, podendo ocorrer sempre que a soma dos créditos tributários exceder 30% (trinta por cento) do patrimônio do contribuinte e, simultaneamente, for superior a quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). A finalidade da referida medida acautelatória é conferir maior garantia aos créditos tributários da União, assegurando a futura excussão de bens e direitos do sujeito passivo suficientes à satisfação do débito fiscal. 3. Efetivado o arrolamento fiscal, deve o mesmo ser formalizado no registro imobiliário, ou em outros órgãos competentes para controle ou registro, ficando o contribuinte, a partir da data da notificação do ato de arrolamento, obrigado a comunicar à unidade do órgão fazendário a transferência, alienação ou oneração dos bens ou direitos arrolados. O descumprimento da referida formalidade autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o contribuinte. 4. Depreende-se, assim, que o arrolamento fiscal não implica em qualquer gravame ou restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do contribuinte, mas apenas, por meio de registro nos órgãos competentes, resguarda a Fazenda contra interesses de terceiros, assegurando a satisfação de seus créditos. 5. Ademais, a extinção do crédito tributário ou a nulidade ou retificação do lançamento que implique redução do débito tributário para montante que não justifique o arrolamento, imputa à autoridade administrativa o dever de comunicar o fato aos órgãos, entidades ou cartórios para que sejam cancelados os registros pertinentes. 6. Tribunal de origem que entendeu desarrazoado o arrolamento de bens procedido pela Fazenda Pública, enquanto pendente de recurso o processo administrativo tendente a apurar o valor do crédito tributário, uma vez que não haveria crédito definitivamente constituído. 7. A medida cautelar fiscal, ensejadora de indisponibilidade do patrimônio do contribuinte, pode ser intentada mesmo antes da constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 2º, inciso V, "b", e inciso VII, da Lei nº 8.397/92 (com a redação dada pela Lei nº 9.532/97), o que implica em raciocínio analógico no sentido de que o arrolamento fiscal também prescinde de crédito previamente constituído, uma vez que não acarreta em efetiva restrição ao uso, alienação ou oneração dos bens e direitos do sujeito passivo da obrigação tributária, revelando caráter *ad probationem*, e por isso autoriza o manejo da ação cabível contra os cartórios que se negarem a realizar o registro de transferência dos bens alienados. 8. Recurso especial provido.

(STJ, 1ª Turma, RESP nº. 200401331037, Min. Rel. Luiz Fux, DJ 13.11.2006)

ADRESP 1.190.872, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 19/04/2012: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARROLAMENTO DE BENS. LEI N. 9.532/97. ACÓRDÃO A QUO. HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Cinge-se a questão em verificar a legalidade de o Fisco proceder ao arrolamento de bens do sujeito passivo para garantia do crédito fiscal, antes de sua constituição definitiva; ou seja, antes do julgamento de todos os recursos administrativos interpostos em face do lançamento. 2. O arrolamento de bens disciplinado pelo art. 64 da Lei n. 9.532 de 1997 revela-se por meio de um procedimento administrativo, no qual o ente estatal efetua levantamento de bens dos contribuintes, arrolando-os sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido e superar R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Finalizado o arrolamento, providencia-se o registro nos órgãos próprios, para efeitos de dar publicidade. 3. Não viola o art. 198 do CTN, pois o arrolamento em exame almeja, em último ratio, a execução do crédito fiscal, bem como a proteção de terceiros, inexistindo, portanto, suposta violação do direito de propriedade, do princípio da ampla defesa e do devido processo legal. 4. A medida acautelatória, sob a ótica do interesse público, tem o intuito de evitar o despojamento patrimonial indevido, por parte de contribuintes. 5. Precedentes: (AgRg no REsp 726.339/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.11.2009, DJE 19.11.2009, REsp 770.863/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 1º.3.2007, DJ 22.3.2007) Agravo regimental improvido."

AGRESP 1.230.416, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 17/04/2012: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ART. 64 DA LEI N. 9.635/1997. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PARA O FIM DE PROCEDER AO ARROLAMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO CUJA EXISTÊNCIA NÃO IMPEDE A EFETIVAÇÃO DO ATO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO VERIFICADA. ALEGAÇÕES RECURSAIS QUE DEPENDEM DO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Recurso especial no qual se discute a ocorrência de violação do art. 535 do Código de Processo Civil - CPC por acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, que entendeu adequado o procedimento de arrolamento instaurado contra a recorrente, nos termos do art. 64 da Lei n. 9.635/1997. Alega-se que o Tribunal de origem deveria ter observado que certos fatos (a extinção de execuções fiscais; aumento do seu capital social; e oferecimento de caução de "créditos próprios") implicariam no cancelamento do arrolamento administrativo. 2. Nos termos do art. 64, §§ 7º e 8º, da Lei n. 9.532/1997, o arrolamento de bens será cancelado nos casos em que o crédito tributário que lhe deu origem for liquidado antes da inscrição em dívida ativa ou, se após esta, for liquidado ou garantido na forma do art. 6.830/1980. 3. O acórdão recorrido concluiu que "a situação fática apontada pela autoridade demonstra que a relação entre débitos e o patrimônio líquido da impetrante não é afirmada na inicial"; dessa forma, sem a realização do reexame fático-probatório, não há se constatar que o Tribunal de origem não tenha, efetivamente, observado os requisitos autorizadores do ato de arrolamento fiscal ou tenha sido omissa na análise de fatos relevantes para a solução da controvérsia. 4. Agravo regimental não provido."

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CABIMENTO. PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O arrolamento de bens e direitos, previsto no artigo 64 e seguintes da Lei 9.532/97, ocorrerá quando o montante dos créditos tributários existentes em nome do contribuinte superar R\$ 2.000.000,00, nos termos do Decreto 7.573/2011, e, ainda, 30% de seu patrimônio conhecido.

II - A referida medida administrativa possui natureza eminentemente cautelar, por meio da qual a autoridade administrativa efetua um levantamento dos bens do contribuinte, arrolando-os, a fim de evitar que contribuintes em débito com o Fisco se desfaçam de seu patrimônio, sem o conhecimento da autoridade tributária, o que poderia prejudicar eventual ação fiscal.

III - No caso em tela, conforme consta na relação de Créditos Tributários e Demonstrativo de Cálculo (ID do documento 5725122), os débitos ultrapassam um montante superior a R\$ 2.000.000,00 e superam 30% do patrimônio declarado pelo Impetrante em sua Declaração de Ajuste Anual do ano- calendário 2016 (ID do documento 5725122)

IV - Assim, não merece quaisquer reparos a r. sentença recorrida, valendo aqui transcrever a trechos da fundamentação do decisum: “O impetrante, na qualidade de gestor de fato que praticou atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos”, tornou-se devedor solidário do indébito tributário e, por conseguinte, não detém de meios de objeção quanto ao arrolamento dos seus bens. Uma vez que não dispõe de benefício de ordem na solidariedade passiva do crédito tributário, pode o Estado cobrar apenas de um dos devedores solidários, escolhendo entre estes, aquele que irá pagar a dívida, no seu todo ou em parte. Inicialmente, observo que a situação dos autos nada tem a ver com o arrolamento de bens de que trata o Decreto nº 70.235/72, julgado inconstitucional pelo E. STF. Aquele se trata de arrolamento como pressuposto de admissibilidade de recurso. Na hipótese dos autos, o arrolamento, disciplinado pela Lei nº 9.532/97 (art. 64) visa, tão somente, a preparar eventual futura execução, se a medida vier a se justificar. E tal providência não implica qualquer inconstitucionalidade. Não representa qualquer limitação ao direito de propriedade, porque os bens mantêm sua disponibilidade, podendo ser livremente alienados, ou onerados, bastando a comunicação à Secretaria da Receita Federal (Lei nº 9.532/97, art. 64, § 3º). No caso, houve perfeita observância aos preceitos legais, visto que o Processo Administrativo n. 19515.720052/2018-61 foi instaurado, nos termos da Lei nº 9.532/97, e o crédito tributário apurado, no montante de R\$ 16.773.211,47, é superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões), bem como excede o patamar de 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do impetrante (art. 64 e § 7º), cumprindo, deste modo, o preenchimento cumulativo dos requisitos necessários ao arrolamento de bens. De fato, conforme informado pela autoridade coatora, o patrimônio conhecido do impetrante, extraído da sua Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário 2016, é de R\$ 30.123.769,72. Logo, o valor do crédito tributário, de R\$ 16.773.211,47 supera 30% (trinta por cento) do patrimônio declarado pelo impetrante.

V - Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001147-76.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: ROMAO GOGOLLA INDUSTRIA DE ABRASIVOS E GRANALHAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO TOMAZ DE AQUINO - SP264552-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001147-76.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: ROMAO GOGOLLA INDUSTRIA DE ABRASIVOS E GRANALHAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO TOMAZ DE AQUINO - SP264552-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela UNIÃO, nos autos de ação de rito ordinário, em face da sentença que julgou o precedente o pedido para declarar o direito da parte autora **ROMAO GOGOLLA INDUSTRIA DE ABRASIVOS E GRANALHAS LTDA.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos ao ajuizamento, por meio de compensação, de tais valores com, nos termos da legislação de regência. O Juízo *a quo* condenou a União ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;
- b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001147-76.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ROMAO GOGOLLA INDUSTRIA DE ABRASIVOS E GRANALHAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO TOMAZ DE AQUINO - SP264552-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Preliminarmente, resalto que a decisão atacada não está sujeita ao reexame necessário, conforme parâmetros trazidos no art. 496, § 3º, inciso I, do novo CPC.

Pois bem

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

*"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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."

"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 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.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **22/03/2017** 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. 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. Conseqüentemente, 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 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-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, nos termos da fundamentação supra.

Mantenho *in totum* a r. sentença também quanto à condenação da União ao pagamento das custas, dos honorários advocatícios e das despesas processuais.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da parte autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **22/03/2017**.
8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
9. 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.
10. 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.
11. Recurso de apelação da União desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013071-32.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ADILSON MIRALDI, ADEMIR MIRALDI, ANGELA APARECIDA MIRALDI

Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ADILSON MIRALDI, ADEMIR MIRALDI, ANGELA APARECIDA MIRALDI
Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Adilson Miraldi, Ademir Miraldi e Angela Aparecida Miraldi em face de decisão que rejeitou exceção de executividade, que objetivava a declaração de nulidade de CDA, de ilegitimidade de sócio e de prescrição intercorrente.

Sustentam que tanto a constituição do crédito quanto a expedição do título executivo tiveram por sujeito passivo Melito Calçados Ltda., quando a falência da empresa já havia sido decretada. Alegam que a ausência de indicação da massa falida torna irregular o processo administrativo fiscal e a sujeição passiva tributária, inviabilizando a retificação da CDA, nos termos da Súmula n. 392 do STJ.

Argumentam também que a União não trouxe qualquer prova da responsabilidade tributária de sócio, fundando-se apenas em inquérito judicial arquivado por prescrição da pretensão punitiva.

Acrescentam que houve prescrição intercorrente, seja porque o processo executivo ficou arquivado por mais de dez anos depois de pedido da Fazenda Nacional, seja porque o credor não formulou a pretensão de redirecionamento nos cinco anos seguintes ao conhecimento do fato desencadeador da responsabilidade de sócio – instauração de inquérito falimentar.

Advertem que o inquérito é público e já poderia embasar redirecionamento da execução, sem que a comunicação do Juízo universal fosse condicionante da atuação da Fazenda Nacional.

Requer a condenação da União por litigância de má-fé.

O agravo tramitou sem análise da antecipação de tutela recursal.

A União apresentou resposta ao recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013071-32.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ADILSON MIRALDI, ADEMIR MIRALDI, ANGELA APARECIDA MIRALDI

Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: JESSICA BONOTTO SCALASSARA - SP344773-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A pretensão recursal não procede.

Nemo processo administrativo fiscal, nem a inscrição dos créditos em Dívida Ativa contém irregularidade de identificação do sujeito passivo.

Todos os créditos tributários foram constituídos mediante declaração do sujeito passivo, que dispensa qualquer outra providência do Fisco (Súmula n. 436 do STJ), de modo que não se pode cogitar de processo administrativo autuado contra devedor equivocado – sociedade empresária em vez de massa falida.

Já as inscrições dos tributos em Dívida Ativa ocorreram antes da decretação de falência de Melito Calçados Ltda., o que inviabilizava a atualização do sujeito passivo, para sociedade em dissolução. A informação somente se tornou disponível no curso da execução fiscal, justificando o prosseguimento da cobrança contra a massa falida (artigo 4º, IV, da Lei n. 6.830 de 1980).

A prescrição intercorrente tampouco se consumou (artigo 40 da Lei n. 6.830 de 1980). Com a penhora no rosto dos autos falimentares e o consequente aguardo do rateio de ativo, não se pode considerar movimentável a execução fiscal, a ponto de gerar inércia do credor. O processo executivo fica suspenso até o encerramento da falência, quando, então, será possível concluir pela existência ou não de bens suficientes para o pagamento dos créditos.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA NO ROSTO DE AÇÃO DE FALÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. DESFECHO DO PROCESSO FALIMENTAR. DEVER LEGAL IMPUTADO AO EXEQUENTE. INÉRCIA INEXISTENTE.

1. O acórdão recorrido consignou: "O Fisco não logrou comprovar que a espera até o julgamento colegiado deste agravo lhe trará dano irreparável ou de difícil reparação. Pelo contrário, não vislumbro qualquer dano, na medida em que independentemente da fundamentação legal para a suspensão do feito, o curso do executivo permanecerá suspenso, uma vez que o crédito tributário está habilitado na falência. Assim, nesse momento, entendo que a antecipação da tutela não terá qualquer efeito prático que lhe justifique".

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a existência de penhora no rosto dos autos do processo falimentar impõe à Fazenda Pública a paralisação do executivo fiscal até que se verifique a possibilidade de satisfação do crédito, sem que essa paralisação seja imputada à inércia do ente público, para efeito de decretação de prescrição intercorrente.

3. Recurso Especial não provido.

(Resp 1682552, Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 19.09.2017).

Portanto, como a União requereu a penhora no rosto dos autos, com a necessidade de aguardo do rateio de ativo, não se formou inércia do credor que conduza à decretação de prescrição intercorrente.

A mesma ponderação influencia a análise da prescrição aplicável à responsabilização tributária de terceiro. Como o processo executivo estava suspenso em função da penhora no rosto dos autos falimentares, não se pode considerar exigível o redirecionamento da execução, segundo a teoria da “actio nata”.

Ainda que se cogitasse de exigibilidade, a pretensão não estaria prescrita. Isso porque a responsabilidade tributária de sócio depende de insolvência de pessoa jurídica decorrente de má administração. É necessário que os sócios pratiquem excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto que torne insolvente a sociedade (artigos 134 e 135 do CTN).

Enquanto não se finaliza a fase de pagamento dos créditos, de rateio do ativo, não é possível chegar à conclusão de insolvência, de incapacidade do pagamento do passivo, de maneira que a simples abertura do inquérito judicial não pode servir de referência. O crime falimentar de sócio não leva imediata e necessariamente à sujeição passiva tributária de terceiro, na pendência de repercussão sobre a solvabilidade da empresa.

Embora não se tenha informação sobre o rateio do ativo, a demora na conclusão do processo falimentar – aberto desde 1998 - permite que a União formule a pretensão de redirecionamento com base em denúncia criminal. E ela o fez antes de qualquer parâmetro definitivo de insolvibilidade, segundo a teoria da “actio nata”, especificamente após juntada de certidão de objeto e pé que atestou a ausência até o momento de pagamentos entre os credores.

Por fim, a responsabilização tributária dos sócios conta com elementos razoáveis. Apesar do arquivamento de inquérito judicial por prescrição da pretensão punitiva, o Ministério Público chegou a oferecer denúncia, o que não seria viável sem indícios suficientes de autoria e materialidade de crime falimentar.

Haveria aparentemente infração à lei hábil a tornar insolvente a pessoa jurídica, em detrimento do pagamento de créditos tributários (artigos 134 e 135 do CTN).

A presunção, aliada à ausência de impugnação dos fatores reais do redirecionamento – o agravo não confronta os fatos articulados na denúncia -, justifica a inclusão dos sócios no polo passivo.

Como cabimento da responsabilidade tributária, inclusive sob a perspectiva temporal, a condenação da União por litigância de má-fé fica prejudicada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. IDENTIFICAÇÃO INCORRETA DE SUJEITO PASSIVO. DESCABIMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO CREDOR. PENDÊNCIA DE FATOR DETERMINANTE DA RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. DENÚNCIA POR CRIME FALIMENTAR. INDÍCIO SUFICIENTE PARA O REDIRECIONAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. A pretensão recursal não procede.

II. Nem o processo administrativo fiscal, nem a inscrição dos créditos em Dívida Ativa contém irregularidade de identificação do sujeito passivo.

III. Todos os créditos tributários foram constituídos mediante declaração do sujeito passivo, que dispensa qualquer outra providência do Fisco (Súmula n. 436 do STJ), de modo que não se pode cogitar de processo administrativo autuado contra devedor equivocado – sociedade empresária em vez de massa falida.

IV. Já as inscrições dos tributos em Dívida Ativa ocorreram antes da decretação de falência de Melito Calçados Ltda., o que inviabilizava a atualização do sujeito passivo, para sociedade em dissolução. A informação somente se tornou disponível no curso da execução fiscal, justificando o prosseguimento da cobrança contra a massa falida (artigo 4º, IV, da Lei n. 6.830 de 1980).

V. A prescrição intercorrente tampouco se consumou (artigo 40 da Lei n. 6.830 de 1980). Com a penhora no rosto dos autos falimentares e o conseqüente aguardo do rateio de ativo, não se pode considerar movimentável a execução fiscal, a ponto de gerar inércia do credor. O processo executivo fica suspenso até o encerramento da falência, quando, então, será possível concluir pela existência ou não de bens suficientes para o pagamento dos créditos.

VI. Portanto, como a União requereu a penhora no rosto dos autos, com a necessidade de aguardo do rateio de ativo, não se formou inércia do credor que conduza à decretação de prescrição intercorrente.

VII. A mesma ponderação influencia a análise da prescrição aplicável à responsabilização tributária de terceiro. Como o processo executivo estava suspenso em função da penhora no rosto dos autos falimentares, não se pode considerar exigível o redirecionamento da execução, segundo a teoria da “actio nata”.

VIII. Ainda que se cogitasse de exigibilidade, a pretensão não estaria prescrita. Isso porque a responsabilidade tributária de sócio depende de insolvência de pessoa jurídica decorrente de má administração. É necessário que os sócios pratiquem excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto que torne insolvente a sociedade (artigos 134 e 135 do CTN).

IX. Enquanto não se finaliza a fase de pagamento dos créditos, de rateio do ativo, não é possível chegar à conclusão de insolvência, de incapacidade do pagamento do passivo, de maneira que a simples abertura do inquérito judicial não pode servir de referência. O crime falimentar de sócio não leva imediata e necessariamente à sujeição passiva tributária de terceiro, na pendência de repercussão sobre a solvabilidade da empresa.

X. Embora não se tenha informação sobre o rateio do ativo, a demora na conclusão do processo falimentar – aberto desde 1998 - permite que a União formule a pretensão de redirecionamento com base em denúncia criminal. E ela o fez antes de qualquer parâmetro definitivo de insolvibilidade, segundo a teoria da “actio nata”, especificamente após juntada de certidão de objeto e pé que atestou a ausência até o momento de pagamentos entre os credores.

XI. Por fim, a responsabilização tributária dos sócios conta com elementos razoáveis. Apesar do arquivamento de inquérito judicial por prescrição da pretensão punitiva, o Ministério Público chegou a oferecer denúncia, o que não seria viável sem indícios suficientes de autoria e materialidade de crime falimentar.

XII. Haveria aparentemente infração à lei hábil a tornar insolvente a pessoa jurídica, em detrimento do pagamento de créditos tributários (artigos 134 e 135 do CTN).

XIII. A presunção, aliada à ausência de impugnação dos fatores reais do redirecionamento – o agravo não confronta os fatos articulados na denúncia -, justifica a inclusão dos sócios no polo passivo.

XIV. Com o cabimento da responsabilidade tributária, inclusive sob a perspectiva temporal, a condenação da União por litigância de má-fé fica prejudicada.

XV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012456-08.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ODILON AMARAL NOGUEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS PINTO - SP95059-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012456-08.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ODILON AMARAL NOGUEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS PINTO - SP95059
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Odilon Amaral Nogueira contra decisão que indeferiu pedido de revisão dos cálculos homologados pelo Juízo.

Sustenta, em síntese, o agravante ser devida a correção de erro material na planilha de cálculos homologada relativamente à atualização monetária do débito processual no total de \$1.912.045.48 a ser legalmente corrigido desde Maio de 1990 até JUNHO de 2018.

Comcontraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012456-08.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ODILON AMARAL NOGUEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS PINTO - SP95059
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Conforme se extrai dos autos, a questão suscitada pela agravante já restou devidamente decidida nos autos dos embargos à execução n. 0001862-15.2013.403.6116, em que se acolheu o pedido da União Federal, fixando-se o indébito em R\$175.443,23, atualizado até março de 2015, tendo transitado em julgado em 07/04/2016.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça o erro material relativo aos cálculos já homologados diz respeito a simples erro de cálculo aritmético, que pode facilmente ser corrigido, diferentemente do erro quanto aos critérios de cálculo, ou questões de direito, que sofrem preclusão, devendo ser arguidas no momento processual oportuno.

Portanto, no caso, as alegações do agravante não dizem respeito a mero erro material nos cálculos homologados, mas sim ao seu descontentamento quanto ao direito aplicado para fins de correção do valor devido.

Destarte, descabido o recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULOS. ERRO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme se extrai dos autos, a questão suscitada pela agravante já restou devidamente decidida nos autos dos embargos à execução n. 0001862-15.2013.403.6116, em que se acolheu o pedido da União Federal, fixando-se o indébito em R\$175.443,23, atualizado até março de 2015, tendo transitado em julgado em 07/04/2016.
2. Segundo o Superior Tribunal de Justiça o erro material relativo aos cálculos já homologados diz respeito a simples erro de cálculo aritmético, que pode facilmente ser corrigido, diferentemente do erro quanto aos critérios de cálculo, ou questões de direito, que sofrem preclusão, devendo ser arguidas no momento processual oportuno.
3. Portanto, no caso, as alegações do agravante não dizem respeito a mero erro material nos cálculos homologados, mas sim ao seu descontentamento quanto ao direito aplicado para fins de correção do valor devido.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002426-66.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MAERSK BRASIL BRASMAR LTDA
Advogado do(a) APELADO: CESAR LOUZADA - SP275650-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002426-66.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAERSK BRASIL BRASMAR LTDA
Advogado do(a) APELADO: CESAR LOUZADA - SP275650-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela União Federal e remessa oficial contra a r. sentença que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança impetrado por **MAERSK BRASIL BRASMAR LTDA** contra ato do **INSPETOR DA ALFÂNDEGA NO PORTO DE SANTOS e OUTRO**, objetivando a desunitização da carga e a devolução dos contêineres **MNBU 3131219, MWCU 5328744, MNBU 0091350 e MWMU6442258**.

Alega, em síntese, que transportou a mercadoria acondicionada nos contêineres acima mencionados; e embora formalmente notificado, o consignatário não providenciou a liberação das mercadorias.

Relata que conforme disposto no art. 24, § único, da Lei nº 9.611/98; a unidade de carga, bem como acessórios e equipamentos, não constituem embalagem, sendo destinados única e exclusivamente ao transporte de mercadorias e a responsabilidade do transportador marítimo foi efetivamente cumprida, encerrando-se no ato da descarga do contêiner, nos termos do Decreto-lei nº 116/1967 e do art. 750 do Código Civil.

Por fim, pede provimento judicial que determine a desunitização da carga e a imediata devolução dos contêineres, que estão depositados no terminal alfandegado.

A apreciação do pedido de liminar foi postergada para após a vinda das informações.

A União manifestou-se.

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram informações (Inspetor da Alfândega no Porto de Santos e Gerente da Localfrio S/A).

Em sede de apreciação do pedido liminar, o feito foi extinto sem julgamento do mérito em relação ao Gerente do Terminal, por ilegitimidade passiva e em relação às unidades de carga MNBU 3131219 e 5328744, ao passo que a liminar foi deferida para determinar a desunitização das cargas acondicionadas nos contêineres refrigerados MNBU 0091350 e MWMU 6442258, bem como a devolução destes.

O Ministério Público Federal ofertou seu parecer.

O MM. Juiz julgou procedente o presente *mandamus* para determinar a desunitização da carga acondicionada nos contêineres MNBU 0091350 e MWMU 6442258, mantendo a liminar anteriormente concedida, e conforme prazo concedido naquela decisão." Sem honorários.

Em razões recursais, a União Federal alega a reforma do *decisum*.

Com contrarrazões, vieram autos a este E. Tribunal

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 100132687).

É o Relatório.

APELADO: MAERSK BRASIL BRASMAR LTDA
Advogado do(a) APELADO: CESAR LOUZADA - SP275650-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

In casu, a apelação e a remessa oficial não merecem provimento. O MM. Juiz concedeu a ordem determinando à impetrante a liberação do(s) contêiner(es).

Conforme jurisprudência do STJ o contêiner não é acessório da mercadoria transportada, não se sujeitando à pena de perdimento (RESP 200900002721, Eliana Calmon, 2ª. Turma, DJE 14/09/2009). Assim, quando é decretado o perdimento da mercadoria emrega a unidade de contêiner deve ser restituída.

Narrou a impetrante que transportou a mercadoria acondicionada nos contêineres mencionados; e embora formalmente notificado, o consignatário não providenciou a liberação das mercadorias. Relata que conforme disposto no art. 24, § único, da Lei nº 9.611/98; a unidade de carga, bem como acessórios e equipamentos, não constituem embalagem, sendo destinados única e exclusivamente ao transporte de mercadorias e a responsabilidade do transportador marítimo foi efetivamente cumprida, encerrando-se no ato da descarga do contêiner, nos termos do Decreto-lei nº 116/1967 e do art. 750 do Código Civil.

A jurisprudência é unânime em permitir a liberação do contêiner, sem que seja possível sua apreensão juntamente com a mercadoria abandonada ou sujeita a pena de perdimento, visto que o primeiro não é acessório da segunda nem pode ser confundido com ela.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. MERCADORIA LEGALMENTE ABANDONADA. APREENSÃO DE CONTÊINER. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que o contêiner não é acessório da mercadoria transportada, não se sujeitando, pois, à pena de perdimento aplicável àquela. Precedentes. 2. Recurso especial não provido." (REsp 1114944/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009)

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. APREENSÃO DE CARGA. RETENÇÃO DE CONTÊINER. LEIS Nºs 6.288/75 E 9.611/98.1. A agravante não ofereceu argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada, mesmo porque esta se encontra em consonância com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. 2. Segundo o art. 24 da Lei nº 9.611/98, os contêineres constituem equipamentos que permitem a reunião ou unitização de mercadorias a serem transportadas. Não se confundem com embalagem ou acessório da mercadoria transportada. Inexiste, assim, amparo jurídico para a apreensão de contêineres. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 949.019/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 19/08/2008)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO DE MERCADORIA. PENA DE PERDIMENTO. APREENSÃO DE CONTÊINER: UNIDADE DE CARGA ACESSÓRIA. NÃO-CABIMENTO DA RETENÇÃO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo concedeu segurança objetivando afastar a ilegalidade na apreensão dos "containers", cuja mercadoria sofreu pena de perdimento de bens. 3. Nos termos do art. 3º da Lei nº 6.288/75 "o container, para todos os efeitos legais, não constitui embalagem das mercadorias, sendo considerado sempre um equipamento ou acessório do veículo transportador". 4. "A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo" (art. 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/98). 5. A jurisprudência da 1ª Turma do STJ é pacífica no sentido de que não deve recair sobre a unidade de carga (contêiner) a pena de perdimento, por ser simples acessório da carga transportada. 6. Precedentes: REsp nºs 526767/PR, 526760/PR e 526755/PR. 7. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag 950.681/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 23/04/2008)

"PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO FISCAL. RETENÇÃO DE CONTÊINER EM FACE DA APREENSÃO DA CARGA NELE CONTIDA EM RAZÃO DE ABANDONO. DESCABIMENTO. ARTIGO 3º, LEI 6.288/75. ARTIGO 24, LEI 9.611/98. 1. A liminar concedida não tem caráter satisfativo, possuindo efeitos revestidos de provisoriedade, sendo necessário, portanto, a resolução definitiva acerca do mérito, que faça coisa julgada formal e material acerca do caso concreto, dirimindo a lide e produzindo seus efeitos devidos. 2. Precedentes desta Corte e do TRF da 2ª Região. 3. Possível a análise do mérito do mandamus (art. 515, § 3º, CPC). 4. O contêiner ou a unidade de carga é considerado como um equipamento ou um acessório do veículo transportador, a teor do disposto no artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 6.288/1975. 5. Não existe amparo legal que justifique a retenção do contêiner do transportador de mercadoria importada. 6. Não se confunde o contêiner com eventual mercadoria nele transportada (artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/1998). 7. Precedentes do STJ e desta Turma. 8. A Lei 9.611/1998, que dispõe sobre o transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências, em seu art. 26, prescreve que "é livre a entrada e saída, no País, de unidade de carga e seus acessórios e equipamentos, de qualquer nacionalidade, bem como a sua utilização no transporte doméstico". 9. Apelação que se dá provimento, para afastar a extinção do feito sem resolução do mérito, e apreciando-o, conceder a segurança pleiteada." (TRF 3ª Região, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 313522, DJF3 de 14/07/2009, Relator JUIZ CONVOCADO EM AUXÍLIO RUBENS CALIXTO).

Diante do exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É o Voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER. TERMINAL. PORTO DE SANTOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

I. A jurisprudência é unânime em permitir a liberação do contêiner, sem que seja possível sua apreensão juntamente com a mercadoria abandonada ou sujeita a pena de perdimento, visto que o primeiro não é acessório da segunda nem pode ser confundido com ela.

II. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016290-19.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ROBERTO AGOSTINHO ROCHA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO EDUARDO MACHADO OLIVEIRA DE BARCELLOS - SP79416-A, NILTON IVAN CAMARGO FERREIRA - SP281895-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016290-19.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ROBERTO AGOSTINHO ROCHA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO EDUARDO MACHADO OLIVEIRA DE BARCELLOS - SP79416-A, NILTON IVAN CAMARGO FERREIRA - SP281895-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Roberto Agostinho Rocha contra decisão que homologou os cálculos da Contadoria Judicial.

Sustenta o agravante que os cálculos apresentados pela Contadoria Judicial estão incompletos porque não considera o valor atualizado do IRRF pago de julho/2002 a setembro/2007.

Comcontraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016290-19.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ROBERTO AGOSTINHO ROCHA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO EDUARDO MACHADO OLIVEIRA DE BARCELLOS - SP79416-A, NILTON IVAN CAMARGO FERREIRA - SP281895-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A decisão recorrida entendeu que a Contadoria Judicial elaborou os cálculos nos termos das decisões proferidas e dos documentos juntados aos autos.

Com efeito, é de se ressaltar que a Contadoria Judicial é órgão equidistante do interesse privado das partes e goza de presunção de veracidade, presunção somente afastada mediante a apresentação de prova robusta e suficiente, não carreada aos autos pelo agravante.

Nesse prisma, o recorrente não apresentou elementos que infirmassem os cálculos da contadoria judicial, trazendo apenas razões recursais genéricas e desprovidas de elementos probantes.

Tenho que não basta o oferecimento de cálculo comparativo da dívida para conferir fundamento jurídico à pretensão e tampouco somente afirmar o que seria devido. É necessário apontar de forma precisa os fundamentos de fato e de direito.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO APELAÇÃO COM ALEGAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS HÁBEIS A JUSTIFICAR A REFORMA DA SENTENÇA. NÃO ESPECIFICAÇÃO DE QUALQUER ERRO NA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. As alegações apresentadas pelo ente previdenciário são extremamente genéricas, à medida que não há especificação de qualquer erro nos cálculos acolhidos pela r. sentença objurgada, limitando-se a afirmar a sua incorreção sem contudo apontar as suas razões.

2. Ao Judiciário não cabe descobrir os motivos do inconformismo do apelante, não havendo qualquer argumento plausível a justificar a conferência do parecer elaborado pelo perito contábil, a ser feita pela Contadoria Judicial. 3. Apelo a que se nega provimento.

(AC 00274864320024039999, JUIZ CONVOCADO OTAVIO PORT, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA QUE CONDENOU A UNIFESP A INCORPORAR O PERCENTAL DE 28,86% NOS VENCIMENTOS DOS AUTORES (SERVIDORES PÚBLICOS), COM OS DEVIDOS DESCONTOS - APELAÇÃO DA EMBARGANTE ALEGANDO ERRO NO CÁLCULO DA CONTADORIA JUDICIAL QUE FOI ACOLHIDO PELO MAGISTRADO NA SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS - ALEGAÇÕES GENÉRICAS, SEM QUALQUER APONTAMENTO DE CONCRETO ERRO DA CONTADORIA - APELO IMPROVIDO.

1. A embargante UNIFESP não cumpriu seu ônus postulatório, exigível em sede de apelação, de indicar especificamente onde estaria o erro no cálculo elaborado pela Contadoria Judicial que foi prestigiado no Juízo a quo, limitando-se a verberar que a conta judicial acha-se desconforme com os documentos oriundos do SIAPE, os quais, muito ao contrário do que sustenta a autarquia, não têm seu conteúdo caracterizado pela liquidez e certeza capaz de infirmar as conclusões do Contador Judicial que efetuou direto trabalho de conferência dos cálculos apresentados.

2. Sem indicação do ponto onde concretamente "teria havido" erro no cálculo da Contadoria do Juízo, o apelo da embargante não pode ser considerado nada mais do que mera tentativa de eternização da discussão sobre direitos pecuniários que nega a seus servidores.

3. Apelo a que se nega provimento

(AC 00004649620044036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/06/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE ERRO NO CÁLCULO DA CONTADORIA JUDICIAL. NÃO ESPECIFICAÇÃO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A decisão recorrida entendeu que a Contadoria Judicial elaborou os cálculos nos termos das decisões proferidas e dos documentos juntados aos autos.
2. Como efeito, é de se ressaltar que a Contadoria Judicial é órgão equidistante do interesse privado das partes e goza de presunção de veracidade, presunção somente afastada mediante a apresentação de prova robusta e suficiente, não carreada aos autos pelo agravante.
3. Nesse prisma, o recorrente não apresentou elementos que infirmassem os cálculos da contadoria judicial, trazendo apenas razões recursais genéricas e desprovidas de elementos probantes.
4. Não basta o oferecimento de cálculo comparativo da dívida para conferir fundamento jurídico à pretensão e tampouco somente afirmar o que seria devido. É necessário apontar de forma precisa os fundamentos de fato e de direito.
5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5011560-66.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DARIO DE QUEIROZ GALVAO FILHO

Advogados do(a) APELADO: LIEGE SCHROEDER DE FREITAS ARAUJO - SP208408-A, RICARDO LACAZ MARTINS - SP113694-A, GUILHERME YAMAHAKI - SP272296-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5011560-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DARIO DE QUEIROZ GALVAO FILHO
Advogados do(a) APELADO: LIEGE SCHROEDER DE FREITAS ARAUJO - SP208408-A, RICARDO LACAZ MARTINS - SP113694-A, GUILHERME YAMAHAKI - SP272296-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, por meio do qual pleiteia o impetrante Dario de Queiroz Galvão Filho a concessão da segurança a fim de obter o cancelamento do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos objeto do Processo Administrativo nº 16004.720084/2017-58.

Alega ter sido, desde 04/01/2010, membro do Conselho de Administração da Galvão Engenharia S/A, não exercendo qualquer função de administração ou gerência na sociedade, além de haver sido indevidamente incluído na qualidade de responsável, em dois autos de infração lavrados contra a Galvão Engenharia S/A para a cobrança de débitos de IRPJ, CSLL, e IRRF, no valor total de R\$ 167.439.902,40 (cento e sessenta e sete milhões quatrocentos e trinta e nove mil novecentos e dois reais e quarenta centavos), relativos a fatos geradores ocorridos entre 05/01/2010 e 04/12/2013, nos termos do artigo 135, III, CTN.

Sustenta estar discutindo o mérito de sua responsabilidade solidária no âmbito administrativo, motivo pelo qual a presente ação restringe-se a questionar o arrolamento de seus bens, medida que entende manifestamente arbitrária e ilegal, posto que o artigo 64 da Lei nº 9.532/1997 não prevê a possibilidade de instauração da medida em face do responsável tributário citado no artigo 135 do CTN, cujo patrimônio não deve ser individualmente considerado.

Relata, ainda, que, em contrapartida, a devedora principal, Galvão Engenharia S/A, não foi alvo de arrolamento fiscal, certamente em razão de a somatória dos débitos exigidos equivaler a apenas 17% do ativo total da sociedade, fugindo, portanto, ao requisito previsto nos artigos 64 da Lei nº 9.532/1997 e 2º da IN/RFB nº 1.565/2015, os quais autorizam o arrolamento quando os créditos tributários do contribuinte superem 30% do seu patrimônio.

Sustenta ser manifestamente ilegal o artigo 2º, § 2º, da IN/RFB nº 1.565/2015, o qual determina, no caso de responsabilidade tributária com pluralidade de sujeitos passivos, o arrolamento de bens e direitos daqueles cuja soma dos créditos tributários sob sua responsabilidade exceder, individualmente, 30% do seu patrimônio, pois nos artigos 64 e 64-A da Lei nº 9.532/97 não há qualquer determinação de individualização do patrimônio no caso de pluralidade dos sujeitos passivos (contribuinte e responsáveis), impedindo, assim, que qualquer norma infralegal o faça. O pedido liminar restou indeferido (ID 2140991).

A União Federal requereu seu ingresso no feito (ID 2284948) e as informações foram prestadas pela autoridade impetrada (ID 2301798).

O impetrante noticiou a interposição de Agravo de Instrumento (ID 2409544).

Após a juntada de cópia da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo impetrante (AI 5015424- 79.2017.403.0000) – ID 2992707 e ss, a qual deferiu a tutela recursal a fim de suspender o arrolamento de bens, providenciou-se a ciência da autoridade impetrada.

O MM. Juiz de 1º grau concedeu a segurança pleiteada para “com base no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para o fim de cancelar do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos objeto do Processo Administrativo nº 16004.720084/2017-58”. Por fim, o *decisum* foi submetido ao duplo grau obrigatório. Sem honorários.

Em razões recursais sustenta, em síntese, a União Federal a reforma do *decisum* com a denegação da segurança.

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

O ilustre representante do Ministério Público Federal deixou de ofertar parecer.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5011560-66.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DARIO DE QUEIROZ GALVAO FILHO

Advogados do(a) APELADO: LIEGE SCHROEDER DE FREITAS ARAUJO - SP208408-A, RICARDO LACAZ MARTINS - SP113694-A, GUILHERME YAMAHAKI - SP272296-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O mandado de segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

O arrolamento de bens e direitos, previsto no artigo 64 e seguintes da Lei 9.532/97, ocorrerá quando o montante dos créditos tributários existentes em nome do contribuinte superar R\$ 2.000.000,00, nos termos do Decreto 7.573/2011, e, ainda, 30% de seu patrimônio conhecido.

A referida medida administrativa possui natureza eminentemente cautelar, por meio da qual a autoridade administrativa efetua um levantamento dos bens do contribuinte, arrolando-os, a fim de evitar que contribuintes em débito com o Fisco se desfaçam de seu patrimônio, sem o conhecimento da autoridade tributária, o que poderia prejudicar eventual ação fiscal.

Consta do citado artigo 64 da Lei 9.532/97:

"Art. 64: A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

§ 1º Se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física, no arrolamento devem ser identificados, inclusive, os bens e direitos em nome do cônjuge, não gravados com a cláusula de incomunicabilidade.

§ 2º Na falta de outros elementos indicativos, considera-se patrimônio conhecido, o valor constante da última declaração de rendimentos apresentada.

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo.

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será registrado independentemente de pagamento de custas ou emolumentos:

I - no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis;

II - nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados;

III - no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos.

§ 6º As certidões de regularidade fiscal expedidas deverão conter informações quanto à existência de arrolamento.

§ 7º O disposto neste artigo só se aplica a soma de créditos de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (Vide Decreto nº 7.573, de 2011)

§ 8º Liquidado, antes do seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, a autoridade competente da Secretaria da Receita Federal comunicará o fato ao registro imobiliário, cartório, órgão ou entidade competente de registro e controle, em que o termo de arrolamento tenha sido registrado, nos termos do § 5º, para que sejam anulados os efeitos do arrolamento.

§ 9º Liquidado ou garantido, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, após seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, a comunicação de que trata o parágrafo anterior será feita pela autoridade competente da Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 10. Fica o Poder Executivo autorizado a aumentar ou restabelecer o limite de que trata o § 7º deste artigo."

Logo, de acordo com essa natureza cautelar, adotou-se critério político para determinar o valor do débito que ensejaria a necessidade de arrolamento administrativo com a finalidade de acompanhar o patrimônio do devedor e garantir os créditos tributários.

Antes do Decreto 7.573/11, o arrolamento de bens estabelecido pelo art. 64 da Lei 9.532/97 exigia que o débito fosse superior R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e a 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do devedor. Após o referido Decreto, o valor mínimo para a realização do arrolamento passou a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

No caso dos autos, o requerente foi considerado responsável solidário pela dívida tributária de mais de R\$ 100 milhões de reais, na esfera administrativa, ao lado de outras pessoas físicas e jurídicas, tendo seus bens e direitos arrolados. Assim, desde que a responsabilidade de terceiro esteja presente - o que pode ser apurado no curso de processo administrativo fiscal.

Todavia, há nos autos algo que indique que sua inclusão como responsável foi indevida. Esta, inclusive, conforme pondera o próprio requerente, é discussão que se pretende levar neste *mandamus*.

Conforme demonstrado nos autos, por meio do balanço patrimonial (ID 2100132), o patrimônio da devedora principal supera, e muito, o valor total da dívida, não havendo motivos para o arrolamento de bens do impetrante, ainda que na condição de responsável solidário, pois tal panorama não sugere risco de inadimplência.

Sendo assim, conclui-se estar desprovida de amparo legal a disposição contida no o artigo 2º, § 2º, da IN/RFB nº 1.565/2015 por determinar a individualização do patrimônio dos sujeitos passivos na análise dos requisitos pertinentes ao arrolamento administrativo, medida esta não prevista na lei instituidora (Lei nº 9.532/97).

Nesses termos, vale destacar semelhante caso julgado pelo E. TRF da 3ª Região:

"MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS - ARTIGO 64 DA LEI Nº 9.532/97 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DIRETORES - ARTIGO 135, CTN - EMPRESA EM ATIVIDADE E COM PATRIMÔNIO SUFICIENTE PARA A GARANTIA DA TOTALIDADE DAS DÍVIDAS FAZENDÁRIAS - NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATOS TENDENTES A REDUZIR A CONTRIBUINTE À CONDIÇÃO DE INSOLVÊNCIA - SÚMULA 430, STJ - INTELIGÊNCIA DO § 1º DO ARTIGO 64-A DA LEI Nº 9.532/97 - ILEGALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 2º DA IN RFB Nº 1.171/2011 - DÍVIDA DISCUTIDA NOS AUTOS INFERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DOS SUJEITOS PASSIVOS. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Os impetrantes, João Batista Ferreira Dornellas (fls. 102/103), Luís Alberto Brinckmann de Oliveira (fls. 98/99), Westermann Ferreira Geraldes (fls. 96/97), Humberto Maccabelli Filho (fls. 94/95), Moacyr Calligaris Júnior (fls. 88/89), Ricardo de Toledo Pereira (fls. 86/87), José Roberto Beraldo (fls. 92/93), Ivan Fábio de Oliveira Zurita (fls. 84/85), Gabriel Severino da Silva (fls. 90/91) e Izael Sinem Junior (fls. 100/101), todos integrantes do quadro diretivo de Nestlé Brasil Ltda. e de Socopal - Sociedade Comercial de Corretagem de Seguros e de Participações Ltda., foram solidariamente responsabilizados pelo Fisco por infração do IRF, do IRPJ e da CSLL, relativo ao ano-calendário de 2008, nos termos dos artigos 124, 134 e 135 do CTN, no artigo 153 da Lei nº 6.404/76, e no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79 (fls. 84/103). 2. Muito embora tenha o Fisco concluído pela existência de "fortes e graves indícios" de irregularidade na atuação dos diretores perante a pessoa jurídica, mostra-se evidente que a responsabilização solidária ocorreu tão somente pela falta de recolhimento do tributo, como expressamente consignado pela autoridade fiscal. 3. Com efeito, a Súmula 430 do STJ dispõe: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio gerente." 4. Da análise do acervo fático, conclui-se pela precipitação do Fisco diante da ausência dos pressupostos para a responsabilização dos sócios e manutenção dos arrolamentos, porquanto indemonstrada a prática de atos dolosos de seus diretores tendentes a "ludibriar o fisco" ou reduzir a contribuinte à condição de insolvente de suas obrigações fiscais. 5. Além de ser excepcionalíssima, a permissão para o arrolamento administrativo de bens de terceiros está condicionada, obrigatoriamente, à comprovação dos requisitos legais para a responsabilização, solidária ou subsidiária, não se permitindo, ainda que se identifique eventual ato descrito no artigo 135 do CPC, que simples inadimplemento no pagamento da obrigação tributária seja motivação suficiente para a responsabilização solidária. 6. Apesar de a Nestlé do Brasil indicar no DIRPJ de 2013 um patrimônio de R\$ 8.855.770.768,86 (fls. 376/378), o Fisco, atentando-se para as condições impostas pela legislação, procedeu, posteriormente, ao arrolamento administrativo de bens e direitos, totalizando R\$ 1.145.952.523,52 (fls. 653/667). 7. Para efeitos de acautelamento da dívida discutida nos autos, não se pode desconsiderar a totalidade do patrimônio à disposição do Fisco, nos termos do § 1º do artigo 64-A da Lei nº 9.532/97. Ilegalidade de qualquer interpretação do § 3º do art. 2º da IN RFB nº 1.171/2011 que conclua pela individualização do patrimônio dos responsáveis para fins de arrolamento. 8. Desta forma, por simples cálculo aritmético, as dívidas pelas quais os impetrantes são solidariamente responsáveis totalizam R\$ 310.550.670,93, alcançando 26,04% do patrimônio total dos devedores, principal e solidários, arrolado pela Secretaria da Receita Federal (R\$ 1.192.720.070,38), não atingindo o percentual indicado no "caput" do artigo 64 da Lei nº 9.532/97. 9. Apelação provida." (Ap 00104217220144036100, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/05/2016).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO - ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS - ARTIGO 64 DA LEI Nº 9.532/97 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ARTIGO 135, CTN - EMPRESA EM ATIVIDADE E COM PATRIMÔNIO SUFICIENTE PARA A GARANTIA DA TOTALIDADE DAS DÍVIDAS FAZENDÁRIAS - NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATOS TENDENTES A REDUZIR A CONTRIBUINTE À CONDIÇÃO DE INSOLVÊNCIA - SÚMULA 430, STJ - INTELIGÊNCIA DO § 1º DO ARTIGO 64-A DA LEI Nº 9.532/97 - ILEGALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 2º DA IN RFB Nº 1.171/2011 - PELO NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

I - O arrolamento de bens e direitos, previsto no artigo 64 e seguintes da Lei 9.532/97, ocorrerá quando o montante dos créditos tributários existentes em nome do contribuinte superar R\$ 2.000.000,00, nos termos do Decreto 7.573/2011, e, ainda, 30% de seu patrimônio conhecido. A referida medida administrativa possui natureza eminentemente cautelar, por meio da qual a autoridade administrativa efetua um levantamento dos bens do contribuinte, arrolando-os, a fim de evitar que contribuintes em débito com o Fisco se desfaçam de seu patrimônio, sem o conhecimento da autoridade tributária, o que poderia prejudicar eventual ação fiscal.

II - Antes do Decreto 7.573/11, o arrolamento de bens estabelecido pelo art. 64 da Lei 9.532/97 exigia que o débito fosse superior R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e a 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do devedor. Após o referido Decreto, o valor mínimo para a realização do arrolamento passou a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

III - No caso dos autos, o requerente foi considerado responsável solidário pela dívida tributária de mais de R\$ 100 milhões de reais, na esfera administrativa, ao lado de outras pessoas físicas e jurídicas, tendo seus bens e direitos arrolados. Assim, desde que a responsabilidade de terceiro esteja presente - o que pode ser apurado no curso de processo administrativo fiscal. Todavia, há nos autos algo que indique que sua inclusão como responsável foi indevida. Esta, inclusive, conforme pondera o próprio requerente, é discussão que se pretende levar neste *mandamus*.

IV - Conforme demonstrado nos autos, por meio do balanço patrimonial (ID 2100132), o patrimônio da devedora principal supera, e muito, o valor total da dívida, não havendo motivos para o arrolamento de bens do impetrante, ainda que na condição de responsável solidário, pois tal panorama não sugere risco de inadimplência. Sendo assim, conclui-se estar desprovida de amparo legal a disposição contida no o artigo 2º, § 2º, da IN/RFB nº 1.565/2015 por determinar a individualização do patrimônio dos sujeitos passivos na análise dos requisitos pertinentes ao arrolamento administrativo, medida esta não prevista na lei instituidora (Lei nº 9.532/97).

V- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020865-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: PURA-MASSA MARILIA CONFEITARIA E LANCHONETE LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS CLAUDINEI PEREIRA GIMENES - SP196071

Advogado do(a) AGRAVADO: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - SP340648-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020865-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: PURA-MASSA MARILIA CONFEITARIA E LANCHONETE LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS CLAUDINEI PEREIRA GIMENES - SP196071

Advogado do(a) AGRAVADO: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - SP340648-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal contra decisão proferida em ação ordinária em fase de cumprimento de sentença que fixou honorários periciais em R\$4.200,00 e determinou a intimação das executadas para, no prazo de 5 dias, depositarem judicialmente o valor de R\$2.100,00 cada uma.

A União defende, em síntese, que a Eletrobrás é a única interessada na obrigação, eis que não pode exercer regresso em face da União, de modo que a Eletrobrás deve arcar com toda a verba pericial.

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020865-70.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: PURA-MASSA MARILIA CONFEITARIA E LANCHONETE LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS CLAUDINEI PEREIRA GIMENES - SP196071
Advogado do(a) AGRAVADO: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - SP340648-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O caso dos autos diz respeito ao pagamento das diferenças de correção monetária referentes aos valores pagos a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica.

A situação dos autos encontra-se em fase de liquidação de sentença por arbitramento, tendo sido solicitada a realização de perícia para elaboração dos cálculos do valor devido.

Nesse prisma, cumpre esclarecer que a jurisprudência é pacífica quanto à solidariedade da União Federal e da Eletrobrás, podendo o credor propor a ação contra uma ou outra, ou mesmo contra as duas em litisconsórcio passivo, considerando a regra do artigo 4º, § 3º, da Lei nº 4.156/1962:

Art. 4º. [...]

§ 3º É assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos de que trata este artigo.

Quanto ao tema, decidiu o STJ que a responsabilidade solidária da União não deve se limitar ao valor nominal dos títulos, devendo-se responsabilizar também pelos juros e correção monetária, solidariamente à Eletrobrás, não havendo que se falar em responsabilidade subsidiária.

TRIBUTÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA MATÉRIAS PACIFICADAS PELA 1ª SEÇÃO DO STJ. PRECEDENTES.

3. Não deve ser limitada a responsabilidade solidária da União ao valor nominal dos títulos em debate (Obrigações da Eletrobrás). A responsabilização pelos juros e correção monetária também há de ser efetivada pela União, solidariamente à Eletrobrás, não havendo que se falar em responsabilidade subsidiária. Precedentes das egrégias 1ª e 2ª Turmas e 1ª Seção do STJ.

(AgRg no REsp 813.232/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 23/06/2008)

Logo, é de se reconhecer a qualidade de devedora da União Federal, a quem cabe, juntamente com a Eletrobrás, arcar como ônus dos honorários periciais.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PROVA PERICIAL. HONORÁRIOS. ADIANTAMENTO POR AMBAS AS PARTES DEVEDORAS. SOLIDARIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O caso dos autos diz respeito ao pagamento das diferenças de correção monetária referentes aos valores pagos a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica. A situação dos autos encontra-se em fase de liquidação de sentença por arbitramento, tendo sido solicitada a realização de perícia para elaboração dos cálculos do valor devido.

2. Nesse prisma, cumpre esclarecer que a jurisprudência é pacífica quanto à solidariedade da União Federal e da Eletrobrás, podendo o credor propor a ação contra uma ou outra, ou mesmo contra as duas em litisconsórcio passivo, considerando a regra do artigo 4º, § 3º, da Lei nº 4.156/1962.

3. Quanto ao tema, decidiu o STJ que a responsabilidade solidária da União não deve se limitar ao valor nominal dos títulos, devendo-se responsabilizar também pelos juros e correção monetária, solidariamente à Eletrobrás, não havendo que se falar em responsabilidade subsidiária.

4. Logo, é de se reconhecer a qualidade de devedora da União Federal, a quem cabe, juntamente com a Eletrobrás, arcar com o ônus dos honorários periciais.

5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000112-46.2016.4.03.6128

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: DATALOGIC ADC DO BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS E AUTOMACAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A, JULIANA FABBRO - SP292794-A,

MARIA CLAUDIA BARBUTTI GATTI - SP360359

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000112-46.2016.4.03.6128

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: DATALOGIC ADC DO BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS E AUTOMACAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A, JULIANA FABBRO - SP292794-A,

MARIA CLAUDIA BARBUTTI GATTI - SP360359

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Datalogic ADC do Brasil Comércio de Equipamentos de Automação Ltda** em face da r. Sentença (ID num. 1289385) que julgou improcedente o pedido, nos autos da ação declaratória em face da **União Federal (Fazenda Nacional)**, objetivando a declaração de seu direito de ter as importações de suas mercadorias e o desembaraço aduaneiro, tanto no regime especial como comum, formalizadas no prazo máximo de 08 dias, conforme previsto no Decreto 70.235/72, art. 4º, enquanto perdurar movimento grevista dos auditores fiscais.

Alega a parte Autora que com o movimento paredista teve aumentado para até 20 dias a liberação das mercadorias importadas, configurando violação ao princípio da continuidade dos serviços públicos e comprometendo a atividade da empresa. Aduz que, diante da ausência de previsão legal, deve ser aplicado o prazo previsto no Decreto 70.235/72, que trata dos procedimentos fiscais.

Pedido de tutela provisória foi indeferido (1289369).

Citada, a União contestou o feito (id 1289378), arguindo preliminarmente a falta de interesse processual, e no mérito sustentando a garantia constitucional do direito de greve aos servidores públicos, a continuidade do serviço, ainda que com extensão dos prazos habituais, a inaplicabilidade do Decreto 70.235/72 e o princípio da separação dos poderes.

Foi apresentada réplica (id 608621).

O MM. Juiz julgou IMPROCEDENTE O PEDIDO, na forma do artigo 487, inciso I, do CPC/2015. Foi determinado que arcará a parte autora com as custas processuais e honorários de sucumbência, que fixo em 10% do valor atualizado da causa (Valor da Causa = R\$ 200.000,00).

Em razões recursais, sustenta em síntese a parte Autora, a reforma da r. sentença para determinar o regular o desembaraço aduaneiro no prazo de 08 (oito) dias, de acordo com o artigo 4º do Decreto nº 70.235/72, sempre que ocorrem movimentos grevistas por parte dos Auditores Fiscais da Receita Federal.

Com contrarrazões, vieram os autos.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000112-46.2016.4.03.6128

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: DATALOGIC ADC DO BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS E AUTOMACAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A, JULIANA FABBRO - SP292794-A, MARIA CLAUDIA BARBUTTI GATTI - SP360359

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Datalogic ADC do Brasil Comércio de Equipamentos de Automação Ltda** em face da r. Sentença (ID num. 1289385) que julgou improcedente o pedido, nos autos da ação declaratória em face da **União Federal (Fazenda Nacional)**, objetivando a declaração de seu direito de ter as importações de suas mercadorias e o desembaraço aduaneiro, tanto no regime especial como comum, formalizadas no prazo máximo de 08 dias, conforme previsto no Decreto 70.235/72, art. 4º, enquanto perdurar movimento grevista dos auditores fiscais.

Alega a parte Autora que com o movimento paredista teve aumentado para até 20 dias a liberação das mercadorias importadas, configurando violação ao princípio da continuidade dos serviços públicos e comprometendo a atividade da empresa. Aduz que, diante da ausência de previsão legal, deve ser aplicado o prazo previsto no Decreto 70.235/72, que trata dos procedimentos fiscais.

É certo que a Constituição Federal garante o direito de greve, sendo que, quanto aos servidores públicos, tenho que tal direito deve ser exercido de acordo com os limites impostos pela razoabilidade, com a manutenção da prestação do serviço mínimo suficiente a resguardar os direitos dos particulares.

Com efeito, encontra-se firmada a orientação, no âmbito desta Terceira Turma, no sentido de que é ilegal a greve que paralise integralmente os serviços, porquanto essa descontinuidade pode trazer prejuízos irreparáveis ao prosseguimento das atividades do exportador.

Todavia, isso não significa, porém, que seja líquido e certo o direito à imediata liberação de bens exportados, devendo ficar tal procedimento condicionado à realização dos atos próprios da por parte dos agentes da alfândega do Porto de Santos, de forma legal e regular.

Ademais, a duração média do serviço aduaneiro não chegou a um nível tão crítico a ponto de justificar o controle judicial da atividade. O prazo de vinte dias para o desembaraço de mercadorias parece razoável diante da greve da categoria, da demanda das operações de comércio exterior e das fases que compõem o despacho de importação.

A paralisação não assumiu ainda gravidade suficiente para prejudicar a administração aduaneira em geral e ferir direitos individuais dos destinatários da atividade – propriedade, livre iniciativa, liberdade de concorrência.

Ademais, Datalogic ADC do Brasil Comércio de Equipamentos e Automação Ltda, não apresentou prova concreta do perigo da demora, segundo as circunstâncias causadas pelo movimento grevista. Não consta que a tramitação conjuntural do serviço prejudicará imediatamente pesquisas tecnológicas e contratos firmados com terceiros, bem como a greve já encontra-se encerrada e não houve interrupção do serviço, mas apenas extensão dos prazos, não tendo ficado demonstrado risco à atividade de empresa.

Dessa forma deve ser mantida a r. sentença.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MERCADORIAS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. DECRETO Nº 70.235/72. GREVE. AUDITORES FISCAIS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I - É certo que a Constituição Federal garante o direito de greve, sendo que, quanto aos servidores públicos, tenho que tal direito deve ser exercido de acordo com os limites impostos pela razoabilidade, com a manutenção da prestação do serviço mínimo suficiente a resguardar os direitos dos particulares.

II - Com efeito, encontra-se firmada a orientação, no âmbito desta Terceira Turma, no sentido de que é ilegal a greve que paralise integralmente os serviços, porquanto essa descontinuidade pode trazer prejuízos irreparáveis ao prosseguimento das atividades do exportador.

III - Todavia, isso não significa, porém, que seja líquido e certo o direito à imediata liberação de bens exportados, devendo ficar tal procedimento condicionado à realização dos atos próprios da por parte dos agentes da alfândega do Porto de Santos, de forma legal e regular.

IV - Ademais, a duração média do serviço aduaneiro não chegou a um nível tão crítico a ponto de justificar o controle judicial da atividade. O prazo de vinte dias para o desembaraço de mercadorias parece razoável diante da greve da categoria, da demanda das operações de comércio exterior e das fases que compõem o despacho de importação.

V - A paralisação não assumiu ainda gravidade suficiente para prejudicar a administração aduaneira em geral e ferir direitos individuais dos destinatários da atividade – propriedade, livre iniciativa, liberdade de concorrência. Ademais, Datalogic ADC do Brasil Comércio de Equipamentos e Automação Ltda, não apresentou prova concreta do perigo da demora, segundo as circunstâncias causadas pelo movimento grevista. Não consta que a tramitação conjuntural do serviço prejudicará imediatamente pesquisas tecnológicas e contratos firmados com terceiros, bem como a greve já encontra-se encerrada e não houve interrupção do serviço, mas apenas extensão dos prazos, não tendo ficado demonstrado risco à atividade de empresa.

VI - Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003637-65.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: SKF DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: WAGNER SERPA JUNIOR - SP232382-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003637-65.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: SKF DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: WAGNER SERPA JUNIOR - SP232382-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por SKF do Brasil Ltda, contra o v. acórdão (Id 92919800), que à unanimidade negou provimento à apelação, nos autos do mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por **SKF DO BRASIL LTDA**, em face do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM JUNDIAÍ**, objetivando a concessão de medida liminar que objetiva “afastar a proibição firmada no artigo 74, §3º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, introduzido pelo artigo 6º da Lei nº 13.670/2018, determinando que a D. Autoridade Coatora recepcione e processe os PER/DCOMPs apresentados pela Impetrante para compensação de débitos de estimativas de IRPJ/CSLL apurados no ano-calendário de 2018”.

O v. acórdão assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 13.670/2018. ALTERAÇÃO DO INCISO IX, § 3º, DA LEI 9.430/96. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COM VALORES DE IRPJ E CSLL APURADOS PELO REGIME DE ESTIMATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE E DE DEFERIMENTO DE IMEDIATA COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

I - 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”.

II - Este Tribunal já decidiu que inexistente direito adquirido ao regime jurídico da compensação, sendo certo, ainda, que a lei aplicável às compensações é aquela vigente à época do encontro de contas, ou, ajuizada a ação, a legislação vigente à época da sua propositura, no caso concreto, a Lei 9.430/1996 com as alterações da Lei 13.670/2018.

III – Apelação não provida.”

A parte impetrante alega omissão a justificar a apresentação dos presentes Embargos de Declaração, para que haja o prequestionamento explícito dos artigos 105, 106 e 170 do Código Tributário Nacional, do artigo 6º da Lei nº 13.670/2018, que incluiu o inciso IX ao §3º do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 9.430/96, do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/2010), bem como dos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (artigo 5º, incisos XXXVI e XXXVII, da Constituição Federal).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003637-65.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: SKF DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: WAGNER SERPA JUNIOR - SP232382-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 13.105/2015, o chamado novo Código de Processo Civil, estabelece em seu art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material.

Nos termos do parágrafo único do citado artigo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O entendimento firmado no v. acórdão embargado é no sentido de que a Lei nº 13.670 publicada em 30/05/2018, em seu art. 6º introduziu, dentre outros, o inciso IX no parágrafo 3º do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, conforme segue:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 3º. Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

(...)

IX - os débitos relativos ao recolhimento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º desta Lei.

(...)”

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”*.

Este Tribunal já decidiu que inexistente direito adquirido ao regime jurídico da compensação, sendo certo, ainda, que a lei aplicável às compensações é aquela vigente à época do encontro de contas, ou, ajuizada a ação, a legislação vigente à época da sua propositura, no caso concreto, a Lei 9.430/1996 com as alterações da Lei 13.670/2018.

Nesse sentido, já se manifestou esta Corte, inclusive este Relator:

“TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. LUCRO REAL. REGIME ANUAL, COM PAGAMENTO MENSAL CALCULADO SOBRE BASES DE CÁLCULO ESTIMADAS. COMPENSAÇÃO DECORRENTE DE PAGAMENTOS ANTECIPADOS. RESTRICÇÃO 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 RESTRICÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. 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. 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. 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). 5. 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. 6. A obrigação tributária já era existente ao tempo da edição da Medida Provisória e, portanto, todos os seus elementos foram apurados com antecedência, não existindo a alegada violação aos princípios da irretroatividade e anterioridade. 7. A compensação é prevista como modalidade de extinção das obrigações quer no Direito Civil (arts. 368 a 380 do Código Civil), quer no Tributário. Dita o art. 170 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172/1966), 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". Nesta senda, as alterações realizadas em seu procedimento são aplicáveis imediatamente, sendo pacífico na jurisprudência não haver direito adquirido a regime jurídico. Precedentes do STJ. 8. A lei aplicável à compensação é a lei vigente no encontro de contas, nos exatos termos explicitados pelo Ministro Relator do Resp nº 1.164.452/MG, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Entretanto, proposta ação judicial, esta deve ser julgada com base na lei vigente no momento da propositura da ação. 9. Neste caso, proposta a ação em 26.3.2009, e considerando que a compensação pretendida foi apresentada no mês de fevereiro de 2009 (fl. 05), a restrição imposta pela Medida Provisória nº 449/2008 é inteiramente aplicável. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 10. Diante do julgamento desfavorável à impetrante, de rigor a cessação dos efeitos da decisão de fls. 334/335 que deferiu a suspensão da exigibilidade do crédito. 11. Apelação desprovida.” (Ap 00076604420094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:27/06/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

“PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ARTIGO 557 DO ANTERIOR CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AGRAVO LEGAL - DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ACUMULADOS COM OS FUTUROS DÉBITOS DE IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 74, PARÁGRAFO 3º, IX DA LEI Nº 9.430/96. I - Com efeito, conforme bem asseverou a autoridade fiscal demandada, o óbice à compensação pretendida pela impetrante está amparada no artigo 74, parágrafo 3º, inciso IX da Lei nº 9.430/96, introduzido pela MP n. 449 /2008, impedindo que os débitos relativos ao pagamento mensal por estimativa do IRPJ e da CSLL, sejam alvo da compensação. II - Não existe qualquer vício da referida vedação legal, na medida em que o contribuinte não tem direito adquirido à compensação de pagamentos mensais dos tributos, com base em lei revogada, na medida e que trata-se de mera expectativa de direito que somente se aperfeiçoará por completo quando da apuração do fato gerador que ocorre no dia 31 de dezembro. III - Deste modo, não há qualquer violação a direito adquirido ou segurança jurídica, na medida em que tais compensações são meras expectativas de direito compensatório do contribuinte. IV - Ressalta-se, outrossim, que a vedação estampada no inciso IX, parágrafo 3º, do artigo 74 da Lei n. 9.430/96, abrange não apenas os débitos apurados com base na receita bruta, como também os apurados por meio de balanços ou balancetes de suspensão ou redução, por força do artigo 2º, da Lei n. 9430/96, combinado com o artigo 35 da Lei n. 8.981/85. V - Por derradeiro, as declarações de compensação não podem ser processadas nos moldes pretendidos pela impetrante. VI - Agravo legal não provido.”

(Ap 00052732620094036110, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:06/05/2016)

Assim, do fato de ser irretroatível 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.

Não se vislumbra, portanto, a existência de omissão no *decisum*, revelando, na realidade, mero inconformismo da embargante com a solução adotada, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração.

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

Nesse sentido, cumpre trazer à colação aresto transcrito por Theotonio Negrão in Código de processo civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 566, *verbis*:

"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RTTJESP 115/207)".

O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC/2015.

Nesse sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

"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 para o reexame da causa"

(1ª Turma, ED em REsp. 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Diante do exposto, REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO *DECISUM*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. Não se vislumbra a existência de omissão ou contradição no *decisum*, revelando, na realidade, mero inconformismo da embargante com a solução adotada, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração.

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

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do CPC/2015.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0049629-84.2009.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: BRASMOTOR S A

Advogados do(a) APELANTE: MARIA RITA GRADILONE SAMPAIO LUNARDELLI - SP106767-A, PEDRO

GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0049629-84.2009.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: BRASMOTOR S A

Advogados do(a) APELANTE: MARIA RITA GRADILONE SAMPAIO LUNARDELLI - SP106767-A, PEDRO

GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por BRASMOTOR S A em face de sentença que, em embargos à execução fiscal, esta ajuizada pela União visando à cobrança de IRPJ e CSLL, julgou-os improcedentes e deixou de condenar a parte embargante em honorários advocatícios, por entender suficiente o encargo legal previsto no Decreto-lei 1.025/69.

Na r. sentença, diante da limitação cognitiva imposta pelo artigo 16, § 3º, da LEF, a alegada compensação foi rejeitada em razão de não ter sido reconhecida administrativamente.

Apelação da embargante, ID. 51224656 – p. 30/41, pugnado pela reforma da sentença a fim de que seja reconhecida a compensação e anulados os débitos de IRPJ e CSLL cobrados na execução fiscal em epígrafe. No caso de não reconhecimento da alegada compensação, pleiteia, subsidiariamente, ao menos seja assegurado à empresa apelante a utilização dos créditos reconhecidos e certificados no laudo pericial de fls. 474/477 em compensações futuras.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0049629-84.2009.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: BRASMOTOR S A

Advogados do(a) APELANTE: MARIA RITA GRADILONE SAMPAIO LUNARDELLI - SP106767-A, PEDRO GUILHERME ACCORSI LUNARDELLI - SP106769-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de embargos opostos por BRASMOTOR S/A à execução fiscal ajuizada pela União que visa à cobrança das CDAs 80 2 09 010961-62, 80 2 09 010962-43 e 80 6 09 024999-28, relativamente a débitos de IRPJ, IRRF e CSLL, referente à competência de 2002 e 2003 (PA 120880720666/2008-39).

Alega a embargante se tratar de crédito extinto por compensação lançada internamente diante da existência de saldo negativo de IRPJ do ano anterior, realizada exclusivamente em seus registros fiscais.

O parágrafo 3º do artigo 16 da Lei nº 6.830/80 obsta a alegação de compensação como matéria de defesa em sede de embargos à execução.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em apreciação de recurso sob sistemática repetitiva, consolidou o entendimento no sentido de que não há interdição absoluta à discussão de compensação em sede de embargos à execução fiscal:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 16, § 3º, DA LEF, C/C ARTIGOS 66, DA LEI 8.383/91, 73 E 74, DA LEI 9.430/96.

1. A compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco, como resultado: (a) de ato administrativo de invalidação do lançamento tributário, (b) de decisão administrativa, (c) de decisão judicial, ou (d) de ato do próprio administrado, quando autorizado em lei, cabendo à Administração Tributária a fiscalização e ulterior homologação do débito do fisco apurado pelo contribuinte; e (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, ex vi do artigo 170, do CTN. 2. Deveras, o § 3º, do artigo 16, da Lei 6.830/80, proscreve, de modo expresso, a alegação do direito de compensação do contribuinte em sede de embargos do executado. 3. O advento da Lei 8.383/91 (que autorizou a compensação entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal) superou o aludido óbice legal, momento a partir do qual passou a ser admissível, no âmbito de embargos à execução fiscal, a alegação de extinção (parcial ou integral) do crédito tributário em razão de compensação já efetuada (encartada em crédito líquido e certo apurado pelo próprio contribuinte, como sói ser o resultante de declaração de inconstitucionalidade da exação), sem prejuízo do exercício, pela Fazenda Pública, do seu poder-dever de apurar a regularidade da operação compensatória (Precedentes do STJ: REsp 438.396/RS, Rel.

Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 28.08.2006; REsp 438.396/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 07.11.2002, DJ 09.12.2002; REsp 505.535/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.10.2003, DJ 03.11.2003; REsp 395.448/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.12.2003, DJ 16.02.2004; REsp 613.757/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10.08.2004, DJ 20.09.2004; REsp 426.663/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21.09.2004, DJ 25.10.2004; e REsp 970.342/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 01.12.2008). 4. A alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial, respectivamente, impõe que esta já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal, atingindo a liquidez e a certeza do título executivo, o que se deduz da interpretação conjunta dos artigos 170, do CTN, e 16, § 3º, da LEF, sendo certo que, ainda que se trate de execução fundada em título judicial, os embargos do devedor podem versar sobre causa extintiva da obrigação (artigo 714, VI, do CPC). 5. Ademais, há previsão expressa na Lei 8.397/92, no sentido de que: "O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente ação judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento, cautelar fiscal, acolher a alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida." (artigo 15). 6. **Conseqüentemente, a compensação efetuada pelo contribuinte, antes do ajuizamento do feito executivo, pode figurar como fundamento de defesa dos embargos à execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário.** 7. In casu, o contribuinte, em sede de embargos à execução fiscal, alegou a inexigibilidade do crédito tributário, em virtude de compensação sponte propria efetuada ante o pagamento indevido de CSSL (artigo 8º, da Lei 7.689/88) declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido ajuizada ação ordinária para ver reconhecido seu direito à liquidação da obrigação tributária por meio da compensação efetuada. De acordo com o embargante, "compensou 87.021,95 UFIR's relativos aos créditos tributários oriundos da CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, do exercício de 1988, pagos indevidamente, com 87.021,95 UFIR's relativas a créditos tributários líquidos e certos, concernente à mesma CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO do exercício de 1992". 8. O Juízo Singular procedeu ao julgamento antecipado da lide, pugnando pelo inoponibilidade da alegação de compensação em sede de embargos à execução (em virtude do disposto no artigo 16, § 3º, da Lei de Execução Fiscal), e consignando que: "... a embargante deveria produzir a prova documental de suas alegações na inicial dos embargos, uma vez que a prova do recolhimento indevido é documento essencial para provar suas alegações (art. 16, § 2º, da Lei 6.830/80 e art. 283, do CPC). No entanto, a embargante nada provou, não se desincumbindo do ônus que lhe atribui o artigo 333, inc. I, do CPC, negligenciando a prova documental de suas alegações." 9. Destarte, a indevida rejeição da compensação como matéria de defesa argüível em sede de embargos à execução fiscal, conjugada ao julgamento antecipado da lide, resultou em prematura extinção da ação antiexacional, razão pela qual merece prosperar a pretensão recursal. 10. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." – g.m.

(STJ, REsp 1.008.343, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/02/2010)

Ao interpretar o referido representativo de controvérsia, a própria Corte Superior orientou-se no sentido da admissão do encontro de contas como matéria de defesa à execução, contanto que esta haja sido reconhecida, administrativa ou judicialmente, previamente à cobrança judicial dos valores, efetivamente quitados.

Contudo, essa não é a situação dos autos. Vejamos.

Não remanesce discussão quanto à existência de crédito a compensar na época em que ocorridos os fatos geradores dos créditos em execução, informação inclusive confirmada pelo laudo pericial contábil acostado no ID. 51224655 - p. 237/249.

Ocorre, entretanto, que a embargante não atendeu aos procedimentos existentes na legislação quanto à compensação tributária realizada em 2003, realizando-a por sua conta e risco, lançando-a apenas em seus registros fiscais internos com saldos negativos do ano de 2001, deixando de preencher formulário específico, tal seja, entrega de Declaração de Compensação.

Por ocasião da apelação, a própria embargante reconhece ter incorrido em erro por desrespeito à forma exigida pelo Fisco para processamento das compensações, no entanto, justifica seu comportamento em razão da INS SRF nº 210/02 - responsável por instituir a "Declaração de Compensação" – ter poucos meses de vigência na ocasião.

A compensação realizada apenas internamente em seus livros fiscais nem sequer foi conhecida pelo Fisco. Somente após a cobrança dos valores supostamente compensados é que a embargante entregou declaração de compensação em 2007 para regularizar o procedimento anterior, a qual fora considerada "não declarada" porquanto envolvendo valores alcançados pela decadência.

Assim, apesar de a embargante ter logrado demonstrar que existia, na época em que realizada a compensação de modo irregular, crédito a compensar, o desrespeito à legislação não pode ser desconsiderado para fins de encontro de contas e quitação do valor executado.

A questão relativa ao regime da compensação aplicável à espécie foi pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, conforme preconizado pelo Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo de controvérsia:

"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 488.992/MG).

(...)

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).

Desta feita, a compensação realizada em 2003 ocorreu em desacordo com a sistemática estabelecida pelo artigo 74 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, já com a alteração trazida pela Lei 10.637/02, que exige a necessidade de declaração específica de requerimento nesse sentido perante a Secretaria da Receita Federal.

Portanto, não se pode alegar mero descumprimento de obrigação acessória quando a forma exigida pela legislação representa o instrumento necessário para reconhecimento do próprio pedido administrativo de compensação com vistas à realização do encontro de contas.

Nem se cogite reconhecer o direito creditório para compensações futuras, como pretende a apelante, uma vez que a presente via de defesa não comporta esta extensão. Apesar dos embargos à execução fiscal se tratar de processo autônomo, suas alegações e, por conseguinte, seu resultado, está intimamente relacionado à cobrança veiculada no executivo fiscal correlato.

Por todo o exposto, **nego provimento** à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO REALIZADO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO. ARTIGO 74 DA LEI 9.430/96 COM REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI 10.637/02. EXIGÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO VIA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. ENCONTRO DE CONTAS NÃO REALIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Compensação realizada pela embargante lançada internamente diante da existência de saldo negativo de IRPJ do ano de 2001, realizada exclusivamente em seus registros fiscais.
2. O Superior Tribunal de Justiça, em apreciação de recurso sob sistemática repetitiva, consolidou o entendimento no sentido de que não há interdição absoluta à discussão de compensação em sede de embargos à execução fiscal (*REsp 1.008.343, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/02/2010*).
3. Ao interpretar o referido representativo de controvérsia, a própria Corte Superior orientou-se no sentido da admissão do encontro de contas como matéria de defesa à execução, contanto que esta haja sido reconhecida, administrativa ou judicialmente, previamente à cobrança judicial dos valores, efetivamente quitados.
4. A compensação realizada apenas internamente em seus livros fiscais nem sequer foi conhecida pelo Fisco. Somente após a cobrança dos valores supostamente compensados é que a embargante entregou declaração de compensação em 2007 para regularizar o procedimento anterior, a qual fora considerada “não declarada” porquanto envolvendo valores alcançados pela decadência.
5. Apesar de a embargante ter logrado demonstrar que existia, na época em que realizada a compensação de modo irregular, crédito a compensar, o desrespeito à legislação não pode ser desconsiderado para fins de encontro de contas e quitação do valor executado.
6. A questão relativa ao regime da compensação aplicável à espécie foi pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, conforme preconizado pelo Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo de controvérsia.
7. A compensação realizada em 2003 ocorreu em desacordo com a sistemática estabelecida no artigo 74 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, já com a alteração trazida pela Lei 10.637/02, que exige a necessidade de declaração específica de requerimento nesse sentido perante a Secretaria da Receita Federal.
8. Não se pode alegar mero descumprimento de obrigação acessória quando a forma exigida pela legislação representa o instrumento necessário para reconhecimento do próprio pedido administrativo de compensação com vistas à realização do encontro de contas.
9. Nem se cogite reconhecer o direito creditório para compensações futuras, como pretende a apelante, uma vez que a presente via de defesa não comporta esta extensão. Apesar de os embargos à execução fiscal se tratar de processo autônomo, suas alegações e, por conseguinte, seu resultado, está intimamente relacionado à cobrança veiculada no executivo fiscal correlato.
10. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017439-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: JESUINO OLIVEIRA PRADO
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO FERREIRA DE FARIAS - SP324698-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017439-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: JESUINO OLIVEIRA PRADO
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO FERREIRA DE FARIAS - SP324698-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jesuíno Oliveira Prado contra decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento de intempestividade dos embargos à execução opostos pela União Federal.

Sustenta o agravante, em apertada síntese, que a petição apresentada pela União é intempestiva porque não houve a juntada da memória dos cálculos dentro do prazo devido.

Com contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017439-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: JESUINO OLIVEIRA PRADO

Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO FERREIRA DE FARIAS - SP324698-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não vislumbro nenhuma intempestividade a ensejar a extinção dos embargos à execução opostos pela União Federal.

No caso, a questão controversa não diz respeito propriamente à intempestividade da ação de embargos, mas sim quanto à apresentação dos documentos requeridos pelo Juízo à fl. 11 da ação originária.

Comefeito, na petição inicial a União Federal requereu o prazo de 30 dias para apresentação dos cálculos de liquidação, em razão da necessidade da análise pelo órgão competente da Receita Federal do Brasil, o que foi concedido à fl. 11.

Após a devida intimação, em 07/12/2015, a União trouxe os documentos restantes às fls. 15 e seguintes, em 22/03/2016.

Não obstante, o Juízo recebeu os cálculos apresentados como emenda à inicial.

Assim, em que pese não ter sido observado o prazo de 30 dias concedido pelo Juízo, não se pode olvidar que houve a observância do prazo para oposição dos embargos, certamente não tendo sido apresentada a planilha de cálculos porque dependia da análise por outro órgão, o que ensejou a juntada extemporânea da documentação.

Portanto, não vejo nenhuma irregularidade na conduta do Magistrado de primeiro grau e tampouco na juntada posterior dos documentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DOS CÁLCULOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A questão controversa não diz respeito propriamente à intempestividade da ação de embargos, mas sim quanto à apresentação dos documentos requeridos pelo Juízo à fl. 11 da ação originária.
2. Com efeito, na petição inicial a União Federal requereu o prazo de 30 dias para apresentação dos cálculos de liquidação, em razão da necessidade da análise pelo órgão competente da Receita Federal do Brasil, o que foi concedido à fl. 11. Após a devida intimação, em 07/12/2015, a União trouxe os documentos restantes às fls. 15 e seguintes, em 22/03/2016. Não obstante, o Juízo recebeu os cálculos apresentados como emenda à inicial.
3. Em que pese não ter sido observado o prazo de 30 dias concedido pelo Juízo, não se pode olvidar que houve a observância do prazo para oposição dos embargos, certamente não tendo sido apresentada a planilha de cálculos porque dependia da análise por outro órgão, o que ensejou a juntada extemporânea da documentação.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0031600-14.2004.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, LOGISTECH ENERGIA, ENGENHARIA E LOGISTICA LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELANTE: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209

APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, LOGISTECH ENERGIA, ENGENHARIA E LOGISTICA LTDA

Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELADO: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209

OUTROS PARTICIPANTES:

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, LOGISTECH ENERGIA, ENGENHARIA E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELANTE: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209

APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, LOGISTECH ENERGIA, ENGENHARIA E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELADO: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação, em ação de rito ordinário, ajuizada pela **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT** em face de **Logistech Distribuição Planejamento e Entregas S/C Ltda.**, objetivando que o réu se abstenha de exercer a entrega de cartas, bem assim consideradas as contas de água, luz, telefone, gás, boletos bancários, boletos de cobrança, cartões de crédito, talões de cheque, faturas e guias e carnes de imposto, bem como de quaisquer outros documentos compreendidos no conceito de "carta", considerando as atribuições da ECT para a execução desses serviços em regime de exclusividade.

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida (Id 90213821, p. 14-21).

Contra referida decisão, a ECT interpôs agravo de instrumento (Id 90213817, p. 5-38), sendo que, num primeiro momento, foi deferida a antecipação da tutela recursal, determinando-se que a ré cessasse a prestação de serviço de entrega de contas, boletos de cobrança, faturas e quaisquer outros documentos que se enquadrem no conceito de 'carta' (Id 90213816, p. 120-122), porém posteriormente, o Relator reconsiderou a decisão, indeferindo a antecipação da tutela recursal, diante do julgamento ocorrido na ADPF nº 46, em que o Ministro Marco Aurélio prolatou voto que a julgou procedente, porém manteve suspensão diante de pedido de vista (Id 90213816, p. 120-122).

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, declarando que a atividade postal é monopólio exclusivo da União, por meio da ECT, na forma do art. 21, X, da CF, c.c. a Lei nº 6.538/78, e, conseqüentemente, determinando que a ré se abstenha de exercer a entrega de cartas, suspendendo, entretendo, a decisão, até o julgamento final da ADPF nº 46 pelo Supremo Tribunal Federal. Condenou a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973 (Id 90213816, p. 136-175).

Apela a ECT aduzindo, em síntese, que (Id 90213817, p. 17-31):

a) embora a sentença tenha julgado procedente a demanda, o Juízo *a quo* suspendeu a eficácia da cominação requerida na petição inicial até o julgamento final da ADPF nº 46 pelo STF;

b) caso referida cominação seja mantida, a apelada estará liberada à entrega dos objetos considerados cartas até o julgamento final da ADPF 46, cuja previsão de julgamento não existe, acarretando sérios prejuízos à apelante;

c) em nenhum momento o STF suspendeu a eficácia da Lei Postal nº 6.538/79 nos autos da ADPF nº 46, tampouco concedeu liminar para obstar a aplicação da referida legislação;

c) a apelada está realizando o transporte de objetos compreendidos no conceito de carta;

d) a apelante juntou petição intercorrente com a finalidade de “deixar incontestes que o conceito de Carta abrange, dentre outros, tanto talões de cheques quanto cartões” (Id 974583 e 97415824).

Apelou também Logistech Distribuição Planejamento e Entregas S/C Ltda., sustentando, em síntese (Id 90214495, p. 5-17):

a) a clientela da Logistech é formada, em sua maioria, por editoras, concessionárias de serviços públicos, empresas operadoras de TV a cabo e instituições financeiras, que remetem ou recebem documentos importantíssimos – em razão do caráter especial e relevante de tais documentos, impõe-se um transporte rápido e eficaz;

b) as atividades exercidas pela apelante enquadram-se naquelas que se excluem do monopólio postal da ECT, não havendo violação ao referido monopólio – razão pela qual impetrou-se o Mandado de Segurança nº 2001.61.00.023792-3 para discutir a questão;

c) no que se refere à entrega de contas de água e energia, a Logistech tem como clientes, entre outros, as concessionárias de serviço público – nesse caso, quando a contratada Logistech efetua o serviço de leitura e medição de consumo de energia elétrica e a entrega da conta respectiva;

d) tal prestação de serviço não se resume à entrega da conta, mas de um trabalho que requer conhecimentos técnicos, pois o profissional especializado chega ao local, faz a medição do consumo, verifica se há ou não fraude no local, atualiza o cadastro do cliente, afere o funcionamento correto dos equipamentos de medição e indica sua eventual troca, se for o caso, prestando também orientação ao consumidor;

e) trata-se, portanto, de um serviço complexo, que não se confunde com a simples entrega de uma conta, compreendida como atividade exclusiva da ECT, tratando-se de aferição do consumo de água ou energia e emissão, *in loco*, da respectiva conta;

f) a Logistech somente é contratada por concessionárias de serviço público porque tem em seu quadro profissionais habilitados para todas essas funções em seu quadro, sendo que tais funções são indissociáveis e terminam com a entrega da conta no mesmo ato;

g) a empresa concessionária de serviço público contrata a Logistech, nos termos do artigo 175, inciso VI, da Constituição Federal, visando a manutenção de um serviço adequado, e para isso terceiriza a leitura e entrega das contas concomitantemente;

h) as próprias concessionárias, clientes da Logistech, entendem que os serviços e preços prestados pela ECT seriam impraticáveis em razão da atual ausência de profissionais qualificados e também pelo impacto no preço final de seus produtos, que seria repassado aos consumidores – a terceirização desses serviços é imprescindível para redução dos custos, sendo a concorrência nesse setor princípio consagrado pela Constituição Federal;

i) assim, quando uma concessionária de serviço público contrata a Logistech para leitura e entrega de contas de energia, não se trata de simples entrega de correspondência, mas sim de uma prestação de serviços muito mais complexa;

j) na hipótese de procedência da demanda, a Logistech teria que cessar 90% (noventa por cento) de suas atividades, e conseqüentemente, dispensar mais de 1.000 (mil) pessoas, entre empregos diretos e indiretos.

Comcontrarrazões, vieram os autos ao Tribunal (Id 90214495, p. 22-45).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0031600-14.2004.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, LOGISTECH ENERGIA, ENGENHARIA E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELANTE: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209

APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, LOGISTECH ENERGIA, ENGENHARIA E LOGISTICALTDA

Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A

Advogado do(a) APELADO: MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL - SP131209

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator):

A questão discutida nos autos refere-se ao alcance do regime de monopólio da ECT na prestação do serviço público postal, ou seja, a possibilidade, ou não, da entrega de cartas, bem assim consideradas as contas de água, luz, telefone, gás, boletos bancários, boletos de cobrança, cartões de crédito, talões de cheque, faturas e guias e carnes de imposto.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública federal, foi criada pelo Decreto-Lei nº 509/69 para exercer, com exclusividade, a prestação de serviços postais em todo o território brasileiro.

Por sua vez, os serviços postais foram regulamentados pela Lei nº 6.538/78, cujo art. 9º prevê o monopólio da União para a exploração dessa atividade, *verbis*:

Art. 9º São exploradas pela União, em regime de monopólio as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada.

(...)

§2º Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, X, trouxe a competência exclusiva para manter o serviço postal a cargo da União, cuja atribuição lhe pertence desde a Constituição de 1934.

Ademais, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da exploração, pela União Federal, em regime de monopólio, das atividades postais (artigo 9º, I, da Lei 6.538/78), executado através da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a partir do julgamento da ADPF 46 (sessão de 05.08.09), relator designado Ministro EROS GRAU, DJe 26.02.10, Ata 4/2010, *in verbis*:

"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo."

O artigo 9º, I, da Lei nº 6.538/78, dispõe que o monopólio abrange as atividades de "recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal". Por sua vez, o artigo 47 do mesmo diploma fornece o conceito legal de "carta" como sendo "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário".

No que se refere aos títulos de crédito, boletos bancários e congêneres, há jurisprudência pacífica no sentido de que os títulos de crédito subsumem-se ao conceito legal de carta, estando sujeitos, assim, ao regime de monopólio da ECT, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. MONOPÓLIO POSTAL. LEI 6.538/78. DOCUMENTOS BANCÁRIOS E TÍTULOS DE CRÉDITO. INCLUSÃO NO CONCEITO DE CARTA. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que os documentos bancários e os títulos de crédito incluem-se no conceito de carta, estando a sua distribuição, portanto, inserida no monopólio postal da União. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (Resp 833.202/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 05/10/2006)

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ATIVIDADE POSTAL – SERVIÇO PÚBLICO PRIVATIVO DA UNIÃO – LEI Nº 6.538/78 – TÍTULOS DE CRÉDITO – CONCEITO – CARTA – MONOPÓLIO DA UNIÃO – ATIPICIDADE – REPARAÇÃO CIVIL – ART. 1.525 DO CC. 1. Os precedentes do STJ dizem que títulos de crédito estão inseridos no conceito de carta com distribuição sob monopólio da União. 2. No juízo criminal, o reconhecimento da inocorrência do fato ou da não-autoria elide a reparação civil por ato ilícito. A atipicidade da conduta não afasta a responsabilidade civil (CC/1916, art. 1.525). 3. Recurso improvido. (REsp 390728/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003)

ADMINISTRATIVO. ECT. SESI. LICITAÇÃO. ENTREGA DE FATURAS. MONOPÓLIO ESTATAL. 1. Documentos bancários e títulos incluem-se no conceito de carta, cuja distribuição é explorada pela União (ECT) em regime de monopólio. Precedentes. 2. Recurso especial provido em parte. (REsp 1014778/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 02/12/2009)

Especificamente em relação à entrega de contas de consumo de água, esgoto e serviços, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que se subsume ao conceito legal de carta, estando sujeita ao regime de monopólio da ECT:

RE 594.908, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe-167 03.09.09: "DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA, ESGOTO E SERVIÇOS. REGIME DE PRESTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE ESTATAL DA ATIVIDADE PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou apelação em mandado de segurança, nos termos seguintes: "CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SERVIÇO POSTAL. MANUTENÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL. SERVIÇO DE ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA, ESGOTO E SERVIÇOS. LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. CF/88, ART. 21, X, I - Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública (Súmula nº. 333/STJ). II - O serviço de coleta, transporte e entrega de documentos constitui serviço postal, cuja manutenção compete à União Federal, nos termos do art. 21, X, da Carta Magna. III - Ressalva-se, contudo, a situação das empresas públicas estatais, que, diretamente, ou através de terceiros, exploram e administram os serviços de água e esgoto fazendo a leitura eletrônica do consumo de água, em cada endereço residencial ou comercial, com a notificação imediata da fatura eletrônica para o pagamento mensal, com maior segurança e economia para o consumidor; no controle do serviço prestado de água e esgoto. IV - Apelação desprovida. Sentença confirmada" (fl. 374). 3. A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria afrontado os arts. 2º e 21, inc. X, da Constituição. Argumenta que: "é carta toda comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário. Não há dúvida que as contas/faturas de água e esgoto se encaixam nesse conceito, pois são comunicações escritas de natureza comercial cuja informação sobre o valor cobrado é de interesse específico do contribuinte destinatário. (...) Como visto, o conceito de carta é o mais amplo possível, não sendo compatível com interpretações que procuram imprimir ao vocábulo um conceito restrito baseadas em análises de cunho semântico, sob pena de contrariar a mens legis, quando o que verdadeiramente impera neste campo é o conceito legal de carta" (fls. 436-437). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica assiste à Recorrente. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46, este Supremo Tribunal manteve, por maioria de votos, a exclusividade da Empresa Brasileira de correios e Telégrafos - ECT para entrega de cartas (incluída a distribuição de boletos), pois, por se tratar de prestação de serviço público, considerou recepcionado pela Constituição da República o art. 47 da Lei n. 6.538/78 e entendeu que estavam excluídos do conceito de serviço postal apenas as encomendas e os impressos, nos termos do voto divergente do Ministro Eros Grau, que foi designado Redator para o acórdão. O Informativo-STF n. 554 divulgou o julgamento nos seguintes termos: "O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED, em que se pretendia a declaração da não-recepção, pela CF/88, da Lei 6.538/78, que instituiu o monopólio das atividades postais pela Empresa Brasileira de correios e Telégrafos - ECT -v. Informativos 392, 409 e 510. Prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, que, tendo em conta a orientação fixada pelo Supremo na ACO 765 QO/RJ (pendente de publicação), no sentido de que o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito, considerou inócua a argumentação em torno da ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Distinguindo o regime de privilégio de que se reveste a prestação dos serviços públicos do regime de monopólio, afirmou que os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário. Asseverou, que a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209 (CF: Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...) Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada.). Ressaltou o Min. Eros Grau que o serviço postal é prestado pela ECT, empresa pública criada pelo Decreto-Lei 509/69, que foi recebido pela CF/88, a qual deve atuar em regime de exclusividade (em linguagem técnica, em situação de privilégio, e, em linguagem corrente, em regime de monopólio), estando o âmbito do serviço postal bem delineado nos artigos 70 e seguintes da Lei 6.538/78, também recebida pela CF/88. Por fim, julgando insuficiente a atuação subsidiária do Estado para solução dos conflitos da realidade nacional, considerou que, vigentes os artigos 1º e 3º da CF, haver-se-ia de exigir um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a Constituição a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil. Nesta assentada, o Min. Carlos Britto apresentou esclarecimentos sobre seu voto, afirmando excluir do conceito de serviço postal apenas a entrega de encomendas e impressos. Concluiu, assim, pela improcedência do pedido. Quanto a essa parte, ficaram vencidos o Min. Marco Aurélio, relator, que julgava procedente o pleito e os Ministros Gilmar Mendes, Presidente, que reajustou o voto proferido na assentada anterior; Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais o julgavam parcialmente procedente, para fixar a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitar-se-ia ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/78, não abrangendo a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos". Embora essa decisão ainda não tenha sido publicada, as razões expandidas como sua fundamentação podem ser utilizadas para o julgamento de questões idênticas, como a dos autos. O acórdão recorrido divergiu daquela orientação deste Supremo Tribunal, em contrariedade ao direito da ora Recorrente. 5. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Considerando a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, deixo de condenar ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Publique-se."

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento de que não viola o monopólio postal conferido à ECT a entrega diretamente aos contribuintes, por agente de empresas concessionária de serviço público de distribuição de água e esgoto, de energia elétrica, ou, ainda, de carnês de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), por agentes municipais, tendo em vista que tais ações não se inserem no conceito de serviço postal de que trata o art. 9º da Lei nº 6.538/78:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. VIOLAÇÃO DA LEI Nº 6.538/78. PRIVILÉGIO DA UNIÃO NA MANUTENÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO POSTAL. ENTREGA DE CARNÊS DE IPTU POR AGENTES ADMINISTRATIVOS DO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE.

1. A entrega de carnês de IPTU pelos municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, não viola o privilégio da União na manutenção do serviço público postal.

2. A notificação, porque integra o procedimento de constituição do crédito tributário, é ato próprio dos entes federativos no exercício da competência tributária, que a podem delegar ao serviço público postal.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1141300/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010 g.n.)

Ocorre que o caso discutido nos autos trata de hipótese diversa, qual seja, a possibilidade da empresa Logistech, contratada pelas concessionárias de serviços públicos, para efetuar a leitura informatizada, com a emissão e entrega simultânea de faturas dos serviços.

Embora no julgamento do RE 667.958 (DJe de 28/03/2012, Tema 527), o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral da questão relativa à possibilidade, ou não, de os entes federados, empresas e entidades públicas ou privadas entregarem guias de arrecadação tributária ou boletos de cobrança aos contribuintes ou consumidores sem o intermédio dos correios, não houve a determinação de suspensão dos processos.

De fato, não se vislumbra, em princípio, ofensa ao monopólio postal a contratação de empresa no caso de atividade complexa destinado à leitura eletrônica com emissão e entrega simultânea de conta de consumo. A jurisprudência passou a concluir que no caso de leitura de hidrômetros com aparelho técnico adequado, que simultaneamente reúne as etapas de medição, emissão e entrega das faturas, não ocorre violação à exclusividade do serviço postal.

Nesse sentido, jurisprudência dessa Corte Regional:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ECT - PRIVILÉGIO E EXCLUSIVIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO POSTAL. ARTIGO 21, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 6.538/78. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE FATURA DE COBRANÇA DE CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO. EMPRESA CONTRATADA PELO MUNICÍPIO. EDITAL DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRIVILÉGIO. EXCEÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT-DR/SPI em face de r. sentença de fls. 692/701 que, em autos de ação declaratória de nulidade de negócios jurídicos cumulada com ação condenatória por perdas e danos com pedido de tutela antecipada, julgou (a) procedente o pedido da autora, ECT, para impedir que a apelada Ponto Forte Construções & Empreendimentos Limitada continue a entregar contas de água e/ou de outros documentos, objeto de contrato com a apelada Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto (SEMAE), autarquia municipal; (b) improcedente o pedido de condenação solidária das ré, ora apeladas, ao pagamento de ressarcimentos por danos materiais, por ausência de amparo jurídico, eis que a ECT não sofreu danos materiais, tendo apenas não recebido receitas oriundas das entregas de boletas de contas d'água. Não houve condenação em honorários advocatícios, tendo o Juiz a quo reconhecido à sucumbência recíproca.

2. As atividades de serviço postal e o correio aéreo nacional estão previstas no art. 21, inciso X, da Constituição Federal, como competências a serem mantidas pela União. Tal serviço é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, integrante da Administração Indireta da União, em regime de privilégio em relação às atividades descritas no art. 9º da Lei nº 6.538/78.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 46, consolidou a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da exploração, pela União Federal, em regime de monopólio, das atividades postais constantes do art. 9º da Lei Federal nº 6.538/78, a serem executadas através da ECT.

4. Especificamente sobre a entrega de contas ou guias de consumo de água, o STF firmou entendimento no sentido de que tais documentos se inserem no conceito de carta, previsto no art. 47 da Lei nº 6.538/78, estando, portanto, sujeitos ao regime de privilégio ou monopólio da União, exercido pela ECT: RE 594.908, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe-167 03.09.09: "DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA, ESGOTO E SERVIÇOS. REGIME DE PRESTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE ESTATAL DA ATIVIDADE PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS -ECT. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

5. A jurisprudência passou a concluir que a entrega de faturas de consumo de água se caracteriza como carta apenas se não tratar-se de faturas efetuadas simultaneamente à leitura dos hidrômetros. Ou seja, tratando-se de leitura de hidrômetros, com aparelho técnico adequado, que simultaneamente reúne as etapas de medição, emissão e entrega das faturas não ocorre violação a exclusividade do serviço postal.

6. Em relação à nulidade da sentença por ser essa ultra petita, sem razão a apelante. O juiz a quo, portanto, apenas estabeleceu que se a entrega das faturas de cobrança pelo carregamento de água e esgoto for realizada pela forma de medição, emissão e entrega simultânea, através de aparelho técnico específico, a entrega por empresa contratada é permitida, eis que tal documento, nesta hipótese, não se caracteriza como carta.

7. A ECT realmente deixou de receber receitas, que, em regra, seria auferida com a atividade postal, mas também deixou de prestar o serviço. Este, ainda que equivocadamente, foi prestado pela empresa apelada Ponto Forte, de forma que o pagamento por danos materiais à ECT configuraria, na espécie, enriquecimento ilícito.

8. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1643503 - 0007792-88.2006.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3:29/07/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ECT. MONOPÓLIO DOS SERVIÇOS POSTAIS. SERVIÇO SIMULTÂNEO DE LEITURA, IMPRESSÃO E ENTREGA DE FATURA. OFENSA AO MONOPÓLIO DE SERVIÇO POSTAL PRESTADO PELA ECT. INOCORRÊNCIA.

1. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 05.08.2009, ao julgar improcedente a ADPF sob n.º 46/DF, declarou que a Lei n.º 6.538/78, que trata do privilégio da entrega de correspondências pelos Correios, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição Federal. Na mesma oportunidade, o Pretório Excelso deu interpretação ao artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido Diploma Legal.

2. No caso em tela trata-se de leitura de dados e simultânea emissão e entrega das faturas. Não apenas o serviço foi realizado diretamente pela empresa como não envolveu qualquer utilização de serviço de entrega.

3. Inocorrente infração ao monopólio do serviço postal reservado à ECT. Precedentes desta Corte.

4. Agravo Retido improvido.

5. Apelo improvido.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ECT. PRIVILÉGIO POSTAL. LEI N.º 6.538/78. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE FATURA DE COBRANÇA DE CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO. MEDIÇÃO IMEDIATA. PREGÃO. POSSIBILIDADE. SEGUNDAS VIAS DE CONTA. DOCUMENTOS AVULSOS. COMUNICADOS. FOLHETOS. VIOLAÇÃO AO PRIVILÉGIO. DANO MATERIAL. NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), Empresa Pública Federal, foi criada pelo Decreto-Lei n.º 509, de 20/03/1969, para exercer com exclusividade, a prestação de serviços postais, em todo o território brasileiro, cuja competência foi constitucionalmente outorgada à União Federal (art. 21, X).
2. A Lei n.º 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais, conceituou os objetos de correspondência a serem entregues mediante a prestação desse serviço.
3. Por sua vez, o regulamento aprovado pelo Decreto n.º 83.858/79, em seu art. 17, estabelecia as hipóteses de exclusão do regime de monopólio das atividades postais, cabendo destacar a alínea "n", nos seguintes termos: o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público.
4. Ainda acerca do tema, o Plenário do STF, em sessão do dia 05/08/09, ao julgar improcedente a ADPF n.º 46/DF, declarou que a Lei n.º 6.538/78, que trata do monopólio dos Correios, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição da República.
5. Na mesma oportunidade, o Pretório Excelso deu interpretação conforme ao art. 42, da Lei n.º 6.538/78, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º, do referido diploma legal.
6. A discussão envolveu debate sobre o que seria considerado "carta" para os fins do art. 9º, da Lei n.º 6.538/78, tendo ficado assentado que o conceito abarca as correspondências, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário (art. 47, da Lei n.º 6.538/78), incluindo, portanto, cartas pessoais, contas de serviços públicos, boletos de cartões de crédito, sendo certo que tanto estas como os cartões-postais e as correspondências agrupadas (malotes) só poderão ser transportados pelos Correios, enquanto os demais tipos de correspondências, como jornais e revistas, e demais encomendas estão excluídas do monopólio da União, previsto no art. 21, inciso X, do Texto Maior.
7. Não obstante, no caso vertente, trata-se de contratação de empresa para a prestação de serviços de leitura informatizada de hidrômetros com microcoletor de dados portátil, entrega de contas normais não envelopadas, entrega de outros documentos (espelho de conta, segunda via de conta unificada e folheto não endereçado) e vistoria cadastral, avulsa, para os municípios operados pela unidade de negócio alto Parapanema-RA (fls. 102).
8. No termo de referência os conceitos são explicitados nas fls. 138/140.
9. Ora, na hipótese de leitura do hidrômetro com impressão e entrega simultâneas de contas ao consumidor, inexistente o alegado monopólio, não sendo possível o enquadramento da atividade como serviço postal.
10. No entanto, para os casos relativos à entrega de segunda via da conta, segunda via de conta unificada, folhetos, documentos avulsos e comunicados (conforme conceitos de fl. 139), há efetiva violação do monopólio postal da apelada, pois os referidos apontamentos se inserem no conceito de carta, devendo, nestes tópicos, ser reconhecida a nulidade do pregão Sabesp online n.º 03.053/10.
12. Por fim, afasto a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, visto que estes não foram devidamente comprovados.
13. Ainda que a ECT alegue que sofreu prejuízos patrimoniais, decorrentes da violação ao seu monopólio postal, é necessário ressaltar que o serviço, mesmo que de forma indevida, foi realizado pela empresa corré. Assim, a ECT deixou de auferir renda, mas também deixou de prestar o serviço, razão pela qual o pagamento de indenização por danos materiais configuraria enriquecimento ilícito.
14. Dessa maneira, reformo parcialmente a r. sentença, para determinar que a contratação de empresa somente para prestação de serviços de leitura de hidrômetros, com emissão e entrega simultâneas de faturas de consumo de água e/ou esgoto, por meio de licitação, não constitui ofensa ao monopólio do serviço postal, ou mais tecnicamente, ao privilégio da exclusividade da ECT para a prestação do aludido serviço público. Ademais, afasto a indenização em danos materiais, não efetivamente experimentados.
15. Em razão de serem a autora e as rés parcialmente vencedoras e vencidas, de rigor o reconhecimento da sucumbência recíproca.

16. *Apelação parcialmente provida.*

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1712324 - 0002682-57.2010.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 24/11/2016, e-DJF3:07/12/2016)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AGRAVO INOMINADO. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE POSTAL. ARTIGO 9º DA LEI 6.538/78. MONOPÓLIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. FATURA DE CONSUMO DE ÁGUA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. ARTIGO 557, CPC. RECURSO DESPROVIDO. 1. Firmada a jurisprudência no sentido de que a entrega de fatura de consumo de água insere-se no monopólio da ECT para exploração de serviço postal, salvo na hipótese em que tal entrega seja feita de imediato, quando da própria leitura do hidrômetro com impressão, no local, da respectiva fatura, pois tal procedimento não envolve a prestação específica e típica de serviço postal, mas revela, de forma diversa, a realização de atividade própria e complexa vinculada ao tipo de serviço explorado pela empresa de fornecimento de água. 2. No caso dos autos, a contratação refere-se a serviço de leitura de hidrômetro com ou sem emissão de fatura, o que significa que somente a entrega de fatura, não associada à imediata leitura e impressão, configura ofensa ao monopólio estatal do serviço postal. 3. O fato de um julgado ter se referido à necessidade de que a entrega seja feita, diretamente por funcionário da própria estatal prestadora do serviço de água, não elide a interpretação que se fez, nos demais arestos, quanto à unidade do procedimento de leitura, impressão e entrega como suficiente para assim descaracterizar a usurpação do monopólio da ECT para entrega postal. 4. Agravo inominado desprovido."(AC 2007.61.05014581-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 08/04/2011)

"ADMINISTRATIVO. PREGÃO SABESP. ECT. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LEITURA INFORMATIZADA DE HIDRÔMETROS COM MICROCOLETOR DE DADOS PORTÁTIL, ENTREGA DE CONTAS NORMAIS NÃO-ENVELOPADAS, ENTREGA DE OUTROS DOCUMENTOS (ESPELHO DE CONTA, SEGUNDA VIA DE CONTA UNIFICADA E FOLHETO NÃO ENDEREÇADO) E VISTORIA CADASTRAL AVULSA ATIVIDADES NÃO INCLUÍDAS NO MONOPÓLIO DE SERVIÇO POSTAL. 1. Legitimidade passiva ad causam da co-ré TCM Serviços de Limpeza e Conservação Ltda., tendo em vista que o pedido formulado nos autos originários abrange o envolvimento direto da empresa na questão, decorrente de relação contratual com a co-ré SABESP, evidenciando a necessidade de sua participação na lide. 2. A atividade objeto do Pregão SABESP 03.053/10, consistente na prestação de serviços de leitura informatizada de hidrômetros com microcoletor de dados portátil, entrega de contas normais não-envelopadas, entrega de outros documentos (espelho de conta, segunda via de conta unificada e folheto não endereçado) e vistoria cadastral avulsa, não se inclui entre as exercidas exclusivamente pela ECT, não constituindo ofensa ao monopólio de serviço postal. 3. Destaque-se que dentre as atividades ora questionadas, incluem-se de forma indissociável, a coleta de dados de hidrômetros, bem como a entrega de contas em locais que não possuem o código de endereçamento postal (CEP), nitidamente fora da abrangência dos serviços oferecidos pela ECT. Precedentes jurisprudenciais. 4. Rejeitado o pedido de suspensão do Pregão Sabesp On Line (RA) 03.053/10 e do contrato dele advindo. 5. O acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7, que julgou o pedido improcedente, por maioria de votos, no qual o C. STF deu interpretação ao artigo 42 da Lei nº. 6.538, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º da referida Lei, ainda não transitou em julgado, pendente o julgamento de Embargos de Declaração. 6. Agravo de instrumento parcialmente provido, apenas para reconhecer a legitimidade passiva ad causam da co-ré TCM Serviços de Limpeza e Conservação Ltda." (AI 2010.03.00013735-5, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 10/11/2010)

No mesmo sentido, precedentes de outras Cortes Regionais:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PROMOVIDA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO PARA LEITURA DE HIDRÔMETRO E ENTREGA SIMULTÂNEA DA RESPECTIVA CONTA. ATIVIDADE NÃO INCLUÍDA NO MONOPÓLIO POSTAL. 1. Não viola o monopólio postal da União a licitação promovida por concessionária de serviço público que inclui em seu objeto a entrega de faturas de água, uma vez que é feita imediatamente após leitura do hidrômetro e emissão da respectiva conta, por meio de coletor eletrônico equipado com impressora. Precedentes da Quinta Turma desta Corte e do TRF4 em casos análogos. 2. Apelação da ECT e remessa oficial desprovidas."

(AC 2009.42.00000393-5, Rel. Juiz Conv. RENATO MARTINS, e-DJF1 15/04/2011)

"ADMINISTRATIVO. LEITURA DE HIDRÔMETROS E IMPRESSÃO SIMULTÂNEA DE CONTAS COM ENTREGA AO CONSUMIDOR. ECT. SERVIÇO POSTAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 25, LEI N.º 8.666/93. VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. A existência de várias empresas especializadas, descaracteriza a inviabilidade de competição, desautorizando a contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei n.º 8.666/93. A leitura de hidrômetros por meio eletrônico com impressão simultânea de contas de consumo de água, não apresenta as características de serviço postal que conferem exclusividade à da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, como empresa pública, quando não exerce atividade postal típica, sujeita-se às regras de mercado, à livre concorrência e aos demais princípios da ordem econômica estampados na CF/88. Não viola o monopólio postal conferido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a contratação por licitação de empresa prestadora de serviços de leitura de hidrômetros com impressão e entrega simultânea de contas de consumo ao consumidor final. Caracterizada a viabilidade de competição, justifica-se a antecipação da tutela para suspender a contratação por inexigibilidade de licitação até o julgamento final da ação. 2. Apelações improvidas."

(AC 2005.71.00018490-3, Rel. Des. FEed. THOMPSON FLORES LENZ, D.E. 28/04/2010)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INEXISTÊNCIA. CONCEITO DE CARTA. ART. 47 DA LEI Nº 6.538/78. LEITURA INFORMATIZADA DE DADOS E FATURAMENTO NO LOCAL DA UNIDADE CONSUMIDORA. ENTREGA CONCOMITANTE DE CONTAS/FATURAS DE CONSUMO DE ÁGUA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 21 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Hipótese em que a recorrente afirma que a forma de entrega das contas de consumo de água sob a forma de LIES - Leitura, Impressão e Entrega Simultânea, constitui afronta ao monopólio postal da União, sob o argumento de que a entrega física domiciliar de contas constitui atividade realizada com exclusividade pela empresa ora apelante. 2. Não há que se falar em preclusão pro judicato para se determinar a realização de inspeção judicial. Pelo princípio do livre convencimento motivado o Juiz é soberano na análise e valoração das provas na formação do seu convencimento, estando limitado pela exposição dos motivos que embasam o provimento enunciado. No caso presente, o Juízo de primeiro grau entendeu que a realização da inspeção se fazia necessária para a demonstração da forma de operacionalização dos serviços objeto da lide, dada a sua singularidade e as suas peculiaridades. 3. O artigo 47 da Lei nº 6.538/78 explicita o conceito de carta, estabelecendo que deve ser assim considerado "Objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário". 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ADPF sob nº 46/DF, declarou que a Lei nº 6.538/78, que trata do monopólio dos Correios, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição Federal. 5. O serviço na modalidade LIES ora questionado pela apelante consiste em um serviço de leitura em campo, com a utilização de aparelho microcoletor de dados portátil, que permite a realização de diversas tarefas em uma mesma ocasião. Essa nova tecnologia possibilita a leitura informatizada de hidrômetros, bem como a emissão e entrega simultânea de faturas de água/esgoto, que são geradas a partir de um aparelho microcoletor de dados portátil. 6. Não há comprovação nos autos de que a Empresa de Correios e Telégrafos esteja apta a prestar o mesmo serviço de coleta informatizada de dados ora combatido, ou mesmo que detenha tecnologia suficiente para atender às necessidades da contratante em tais serviços. 7. É cediço que a ECT realiza a entrega de correspondência apenas em área com registro postal, ou seja, em endereços que detenham o Código de Endereçamento Postal - CEP, o que não ocorre com a totalidade das faturas de consumo emitidas pela apelada, pois em muitos casos o abastecimento de água é feito em imóveis e em locais que estão fora da área de atendimento dos Correios. 8. A análise de todas as tarefas que integram o sistema integrado denominado LIES denotam que o uso dessa tecnologia não guarda similitude com os serviços de entrega feitos por meio de um terceiro contratado exclusivamente para fazer a distribuição das faturas de consumo de água. 9. Não seria lógico nem razoável exigir-se que a apelada contratasse o serviço informatizado de leitura, faturamento e emissão das contas de consumo, mas ficasse obrigada a enviar para a ECT fazer a postagem destas, mesmo havendo a possibilidade de deixar tais documentos com o consumidor já no ato da sua emissão. Esta hipótese representaria um retrocesso e não estaria compatível com o regramento legal que normatiza a boa prestação dos serviços públicos. 10. Por não se incluir no conceito de serviço postal privativo, não há qualquer óbice à realização da entrega da fatura imediatamente após a sua emissão realizada por ocasião da leitura informatizada, pois a fase do serviço que consiste na entrega domiciliar da conta ao consumidor não constitui afronta ao monopólio postal nos termos do artigo 21 da Carta Magna. 11. Apelação improvida."

(AC 2006.80.00007603-6, Rel. Des. Fed. FRANCISCO BARROS, DJE 07/01/2011)

Ademais, não seria razoável exigir que após a leitura informatizada, faturamento e emissão das contas de consumo, houvesse a obrigatoriedade de enviar referidas contas para a ECT fazer a postagem, diante da possibilidade de deixar os documentos com o usuário final já no ato de sua emissão.

Diante da sucumbência recíproca, fixo os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devidos por cada um dos litigantes, nos termos do art. 85, §§ 8º e 14 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** às apelações, apenas para autorizar a entrega concomitante de contas/faturas de consumo no caso de leitura informatizada de dados, faturamento e impressão no local da unidade consumidora, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO POSTAL. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS POR MEIO DE EMPRESA TERCEIRIZADA. VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. ARTIGOS 21, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO. CONCEITO DE CARTA. LEITURA INFORMATIZADA DE DADOS E FATURAMENTO NO LOCAL DA UNIDADE CONSUMIDORA. ENTREGA CONCOMITANTE DE CONTAS/FATURA DE CONSUMO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. A questão discutida nos autos refere-se ao alcance do regime de monopólio da ECT na prestação do serviço público postal, ou seja, a possibilidade, ou não, da entrega de cartas, bem assim consideradas as contas de água, luz, telefone, gás, boletos bancários, boletos de cobrança, cartões de crédito, talões de cheque, faturas e guias e carnes de imposto.
2. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da exploração, pela União Federal, em regime de monopólio, das atividades postais (artigo 9º, I, da Lei 6.538/78), executado através da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a partir do julgamento da ADPF 46.
3. No que se refere aos títulos de crédito, boletos bancários e congêneres, há jurisprudência pacífica no sentido de que os títulos de crédito subsumem-se ao conceito legal de carta, estando sujeitos, assim, ao regime de monopólio da ECT.
4. Especificamente em relação à entrega de contas de consumo de água, esgoto e serviços, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que se subsume ao conceito legal de carta, estando sujeita ao regime de monopólio da ECT.
5. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento de que não viola o monopólio postal conferido à ECT a entrega diretamente aos contribuintes, por agente de empresas concessionária de serviço público de distribuição de água e esgoto, de energia elétrica, ou, ainda, de carnes de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), por agentes municipais, tendo em vista que tais ações não se inserem no conceito de serviço postal de que trata o art. 9º da Lei nº 6.538/78.
6. Ocorre que o caso discutido nos autos trata de hipótese diversa, qual seja, a possibilidade da empresa Logistech, contratada pelas concessionárias de serviços públicos, para efetuar a leitura informatizada, com a emissão e entrega simultânea de faturas dos serviços.
7. Embora no julgamento do RE 667.958, o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral da questão relativa à possibilidade, ou não, de os entes federados, empresas e entidades públicas ou privadas entregarem guias de arrecadação tributária ou boletos de cobrança aos contribuintes ou consumidores sem o intermédio dos correios, não houve a determinação de suspensão dos processos.

8. De fato, não se vislumbra, em princípio, ofensa ao monopólio postal a contratação de empresa no caso de atividade complexa destinado à leitura eletrônica com emissão e entrega simultânea de conta de consumo. A jurisprudência passou a concluir que no caso de leitura de hidrômetros com aparelho técnico adequado, que simultaneamente reúne as etapas de medição, emissão e entrega das faturas, não ocorre violação à exclusividade do serviço postal. Precedentes.

9. Ademais, não seria razoável exigir que após a leitura informatizada, faturamento e emissão das contas de consumo, houvesse a obrigatoriedade de enviar referidas contas para a ECT fazer a postagem, diante da possibilidade de deixar os documentos com o usuário final já no ato de sua emissão.

10. Apelações parcialmente providas, apenas para autorizar a entrega concomitante de contas/faturas de consumo no caso de leitura informatizada de dados, faturamento e impressão no local da unidade consumidora. Sucumbência recíproca.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0600258-62.1997.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO VIACAO VENANCIO AIRES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA MASCARO TEIXEIRA ALVES - SP196406
APELADO: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0600258-62.1997.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO VIACAO VENANCIO AIRES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA MASCARO TEIXEIRA ALVES - SP196406
APELADO: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Auto Viação Venâncio Aires Ltda.**, em face de sentença de improcedência em ação de rito ordinário contra a **União** e o **Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, sucedido pela ANTT**, em que objetiva, em síntese, que seja assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, via Campinas/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.

Na petição inicial, a parte autora informa que a presente ação foi ajuizada por dependência à Ação Cautelar nº 96.0607677-6.

Alega ser titular de linha de ônibus atípica, em razão da omissão do Poder Público, que nunca realizou licitação para adjudicação de inúmeras linhas existentes, e que durante fiscalização promovida no Terminal Rodoviário de Campinas/SP, teve um ônibus de sua frota apreendido em 22.11.1996, além da lavratura do Auto de Infração nº 0/8/6931.

Afirma também que o DNER (sucedido pela ANTT), a União e autoridades em geral, têm conhecimento da existência de sua linha, aberta ao público em geral, com venda de passagens em diversos pontos do itinerário, servindo a várias comunidades.

Juntou-se aos autos cópia da sentença proferida nos autos da Ação Cautelar nº 96.0607677-6, que foi julgada procedente, assegurando à autora a exploração da linha Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, via Campinas/SP, além de anular a apreensão do ônibus apreendido em 22.11.1996 (Id 90211890, p. 50-55).

Houve despacho determinando que se aguardasse o processamento da ação nº 2004.61.05.006927-0, nos termos dos art. 105 e 106 do Código de Processo Civil, para que sejam julgadas simultaneamente (Id 90211890, p. 116-121).

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos (Id 90211890, p. 125-137).

Apelou a parte autora, repetindo em síntese, os mesmos argumentos já expostos na inicial (Id 90211890, p. 147-172):

a) explora informalmente a linha Santa Maria/RS - Piracicaba/SP, via Lages/SC, desde o início da década de 90, com aquiescência não formal do DNER;

b) a omissão do DNER e de seus sucessores na licitação das linhas interestaduais fez com que surgissem várias linhas informais ou atípicas, comas da apelante, as quais têm sido protegidas pelo Poder Judiciário Federal da 4ª Região;

c) “as linhas atípicas não garantem às empresas que as gerenciam o direito de explorá-las indefinidamente ou a prazo certo, mas este gerenciamento cessará no momento em que o Poder Concedente licitá-las, o que não vemacontecendo” (Id 90211890, p. 148);

d) requer a procedência de pedido da inicial para anular o auto de apreensão e manter o direito da apelante na continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP em todos os seccionamentos, conforme requerido na Ação Declaratória nº 2004.61.05.006927-0, além de embarque e desembarque de passageiros, comercialização de passagens nos extremos e intermediários até a abertura de concorrência pública, além da inversão da sucumbência.

Com contrarrazões da União em que alega sua ilegitimidade passiva, vieram os autos a este Tribunal (Id 90211580, p. 25-33)

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0600258-62.1997.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO VIACAO VENANCIO AIRES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA MASCARO TEIXEIRA ALVES - SP196406
APELADO: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

Trata-se de apelação interposta por **Auto Viação Venâncio Aires Ltda.**, em face de sentença de improcedência, em que objetiva, em síntese, que seja assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, via Campinas/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.

Inicialmente, a União possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, uma vez que a licitação de linhas de transporte coletivo terrestre, elaborados pela ANTT, devem ser submetidos ao Ministério dos Transportes, nos termos da Lei nº 10.233/2001, art. 24, III.

Nesse sentido, jurisprudência dessa Corte, *verbis*:

"(...)

A União possui legitimidade para figurar no polo passivo porque a ANTT encontra-se subordinada ao Ministério dos Transportes. Tal conclusão é extraída do artigo 24, III, da Lei nº 10.233/2001, que determina a submissão dos planos de licitação de linhas de transporte coletivo terrestre elaborados pela autarquia à aprovação daquele Ministério (...)"

(APELREEX 1297326, TRF 3ª Região, DJ 09/03/2012, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes).

No mérito, a questão posta nos autos trata de prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros que já vem sendo efetivada, há vários anos, de forma informal, ante a alegada ausência de licitação por parte do Poder Público.

A apelante obteve provimento judicial para exploração da atividade, a título precário, na liminar concedida na Ação Cautelar nº 96.0607677-6 (deferiu a liminar "até a adjudicação da linha se e quando licitada pelo Poder Público ou até ulterior deliberação do Juízo, ressalvada a atividade administrativa de fiscalização dos serviços naquilo que não colidir com a liminar" - Id 90348315, p. 73-75), que foi confirmada em Sentença em 1º Grau (Id 90211890, p. 50-55).

Ocorre que a liminar concedida nos autos da referida ação cautelar e confirmada em sede de sentença, foi julgada improcedente em acórdão proferido no recurso de apelação e remessa oficial nº 2004.03.99.021065-3, pela Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, revogando-se, portanto, a liminar concedida pelo Juízo *a quo*.

Entretanto, a circunstância fática de estar explorando há anos a atividade de modo 'informal', inclusive com conhecimento das autoridades administrativas, não gera o direito à sua continuidade.

Conforme decidiu este Tribunal em caso semelhante, "*o argumento da prestação consentida de serviço público sequer gera o direito à continuidade porque a situação material não se consolida contra legem*" (3ª Turma, 975975, DJ 15/06/2005, Rel. Des. Fed. Carlos Muta).

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário suprir eventual omissão do Poder Executivo, autorizando o funcionamento de serviços de transportes, sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, *verbis*:

"ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS - AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO - LINHAS DE TRANSPORTE EM REGIME DE PERMISSÃO - AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO - AUTORIZAÇÕES PRECÁRIAS PARA PREENCHER A LACUNA PELO PODER JUDICIÁRIO.

1. Após a CF de 88 se passou a exigir licitação para a concessão do serviço de transporte de passageiros intermunicipal, respeitadas as permissões concedidas antes do novo regramento normativo.

2. Constatação inequívoca de que a impossibilidade do Poder Público conceder novas permissões e a ausência de licitação por vontade política ocasionam graves prejuízos à população.

3. Não pode o Poder Judiciário pretender suprir a omissão do Executivo autorizando o funcionamento de serviços de transportes, sob pena de desorganizar o modelo político da divisão de tarefas pelos Poderes.

5. Recurso especial das empresas conhecido e não provido, recurso especial da União conhecido em parte e nessa parte provido".

(STJ, 2ª Turma, RESP - RECURSO ESPECIAL - 661122, DJ 11/11/2009, Rel. Min. Herman Benjamin, grifei).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. INÍCIO DO PRAZO PARA IMPUGNAR DECISÃO. JUNTADA DO MANDADO DE CITAÇÃO. INTERPOSIÇÃO TEMPESTIVA. REVOGAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. DEFINIÇÃO DE TRECHO. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I- O prazo para a interposição do recurso, na hipótese de intimação pessoal por oficial de justiça, tem início com a juntada do mandado de intimação cumprido. Recurso interposto com observância ao disposto no art. 522 c.c art. 188, ambos do CPC.

II- O transporte rodoviário interestadual de passageiros somente pode ser operado por meio de concessão da União, mediante prévia licitação.

III- A definição de trechos das linhas licitadas é de competência exclusiva da Administração, inserta no âmbito da discricionariedade, oportunidade e conveniência.

IV- Inexistência de omissão da Administração a justificar; na hipótese dos autos, a manutenção da tutela antecipada, pois o trecho objeto da ação - Montes Claros/MG à Piracicaba/SP - é atendido de forma seccionada por outras linhas.

V- Preliminar de intempestividade arguida em contraminuta rejeitada.

VI- Agravo de instrumento provido".

(TRF-3ª Região, 4ª Turma, AI 318303, DJ 09/09/2013, Rel. Des. Fed. Alda Basto, grifei).

"APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, competindo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, a teor do que dispõe o art. 21, XII, "e", e art. 175 da Constituição Federal, conforme conveniência e necessidade, sendo certo que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação.

2. O STF já se posicionou sobre o tema, afirmando que "o advérbio sempre enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental, não dá margem alguma de dúvida sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão à prévia licitação toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público". (RE 140989/RJ Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 16/03/1993 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA DJ 27-08-1993).

3. Havendo a dependência de licitação há que se observar o exercício da discricionariedade do Poder Público para realizá-la ou não, sendo que eventuais abusos no exercício deste poder devem ser coibidos na forma legal. 4. Apelação que se nega provimento. Agravo regimental prejudicado".

(TRF-3ª Região, 3ª Turma, AC 796082, DJ 18/10/2010, Rel. Juiz Fed. Convoc. Rubens Calixto, grifei).

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DE LINHA. CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS. EMPRESA NÃO PERMISSIONÁRIA. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. ARTS. 21, XII, "e" E ART. 175 DA CF/88.

1. "Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, o serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, inciso XII, alínea e, da Constituição Federal), acrescentando o art. 175, caput, da Constituição, que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.". Precedente: (0000135-71.2006.4.01.3901 AC 2006.39.01.000132-1/PA; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO Órgão SEXTA TURMA Publicação 29/08/2014 e-DJF1 P. 1238 Data Decisão 18/08/2014)

2. Compete à ANTT a regulação do setor e a verificação da necessidade e da viabilidade da continuidade da operação das linhas de transporte estadual e interestadual de passageiros, e a prestação desses serviços depende de prévio estudo de viabilidade econômica e técnica.

3. Não verificada a omissão da administração pública, deve ser prestigiado o entendimento já consagrado neste Tribunal no sentido da necessidade de prévio procedimento licitatório para a autorização, concessão ou permissão para a exploração do serviço de transporte rodoviário de passageiros (Constituição Federal, arts. 37 e 175).

4. Na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "não pode o Poder Judiciário pretender suprir a omissão do Executivo autorizando o funcionamento de serviços de transportes, sob pena de desorganizar o modelo político da divisão de tarefas pelos Poderes." (REsp 661122 / PR, Recurso especial, 2004/0085872-0, Ministro Herman Benjamin, Ministra Eliana Calmon, T2 - Segunda Turma, DJ de 11/11/2009).

5. Apelação a que se nega provimento".

(TRF-1ª Região, 6ª Turma, AC 60610320144013400, DJ 15/10/2010, Des. Fed. Kassio Nunes Marques, grifei).

"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1- A autorização, permissão ou concessão de serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros somente pode ser outorgada pela União (art. 21, XII, "e", da CF), mediante licitação e após análise da conveniência e necessidade de implementação de uma determinada linha de transporte de passageiros pela Administração.

2- Não cabe ao Judiciário substituir a Administração, para autorizar a exploração do serviço de transporte, ainda que de forma provisória, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes e da obrigatoriedade de licitação.

3- Precedentes jurisprudenciais.

4- Recurso e remessa necessária providos".

(TRF-2ª Região, 6ª Turma Especializada, AC 232246, DJ 09/10/2009, Rel. Claudia Maria Bastos Neiva, grifei).

"ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POR PARTICULAR - CONCESSÃO E PERMISSÃO - NECESSIDADE DE LICITAÇÃO.

- A Lei nº 8.987/95 é clara ao determinar a exigência de licitação para qualquer concessão ou permissão de serviços públicos (art.2º, II e IV). Outrossim, a Lei nº 10.233/01 é explícita, ao tratar do serviço de transporte rodoviário de passageiros, acerca da necessidade de outorga de concessão, permissão ou autorização para a realização desse serviço (art. 14, inc. III, b, e inc. IV, a; e art. 14, § 2º), bem como o é na exigência de licitação para realizá-lo em caso de transporte regular (art.13, IV, e art. 14, IV, a; c/c art. 14, § 1º), exceto em caso de transporte de passageiros sob regime de fretamento (não-regular), que necessita apenas de autorização da autoridade competente, a qual é concedida independentemente de processo licitatório (art. 13, V, e art. 14, III, b)".

(TRF-4ª Região, 4ª Turma, AG 200404010144954, DJ 13/4/2005, Rel. Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde, grifei).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS - PRETENSÃO DE EXPLORAÇÃO DE LINHA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO - AFRONTA AOS ARTIGOS 21, INCISO XII, ALÍNEA "E", E 175, DA CF/88 - IMPOSSIBILIDADE.

1. Encontra-se consolidado pela jurisprudência do Colendo STJ o entendimento de que diante das disposições da Carta Magna de 1988 (arts. 21, XII, "e", 37, XXI e 175), não se encontra plausibilidade jurídica na manutenção, sem licitação, da exploração irregular de linha de transporte interestadual de passageiros. Precedente: (STJ - REsp 617147 / PR - Primeira Turma - Rel. Min. LUIZ FUX - DJ 25.04.2005 p. 232) - "(...) 2. O transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, competindo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, a teor do que dispõe o art. 21, XII, "e", e art. 175 da Constituição Federal, conforme conveniência e necessidade. A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação".

2. No mesmo sentido é o posicionamento deste Egrégio Tribunal firmado no acórdão proferido em Sessão Plenária. Precedente: (MS 51.555-CE, Rel. Juiz GERALDO APOLIANO DIAS, j. 21.08.96, ratificado na Sessão de 11.11.98): "(...) 2. Os princípios norteadores da novel Constituição afastam qualquer dúvida acerca da imprescindibilidade da licitação, para a outorga da permissão de prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

3. A existência de irregularidade na exploração de outras linhas de transporte de passageiros, não autoriza o Poder Judiciário a deferir, ainda quando em caráter precário, a prestação desses serviços, à margem dos parâmetros legalmente fixados para a respectiva concessão. (...)" 3. Destarte, adota-se a orientação jurisprudencial do Plenário desta Corte, que se faz harmônica ao pacífico e reiterado entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a exploração do serviço de transporte coletivo de passageiros, mediante permissão ou autorização do Poder Público, será precedida de processo licitatório, devendo a empresa interessada requerer ao Ministério dos Transportes a abertura do certame, atendido os dispositivos constitucionais, nos termos do Decreto N.º 2.521/1998, aliado ao enunciado da Súmula 39 do TRF 1ª Região, DJU-II 09.07.98. "É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual".

4. Agravo de instrumento da UNIÃO provido".

(TRF-5ª Região, 1ª Turma, AG 42496, DJ 14/7/2008, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, grifei).

Da mesma forma, precedentes de ambas as Turmas do STF:

"Agravo regimental no recurso extraordinário. Transporte coletivo interestadual de passageiros. Concessão ou permissão. Necessidade de prévia licitação. Precedentes. 1. A jurisprudência da Suprema Corte pacificou o entendimento de que é imprescindível prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços de transporte coletivo de passageiros. 2. Agravo regimental não provido."

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Transporte interestadual de passageiros. Concessão e permissão. Prorrogação. 3. Controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Não configuração de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes. 4. Necessidade de licitação prévia. Norma cogente. Artigo 175 da Constituição. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 805715 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 27.3.2015)

Assim, encontra-se consolidado pela jurisprudência pátria o entendimento de que o transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, cabendo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII, "e", c.c. o art. 175, ambos da Constituição Federal.

Tanto a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL RODOVIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. ART. 21, XII, CF. ART. 175, CF. SERVIÇO PÚBLICO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de apelação interposta por **Auto Viação Venâncio Aires Ltda.**, em face de sentença de improcedência, em que objetiva, em síntese, que seja assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, via Campinas/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.
2. A União possui legitimidade para figurar no polo passivo porque a ANTT encontra-se subordinada ao Ministério dos Transportes. Precedente.
3. A apelante obteve provimento judicial para exploração da atividade, a título precário, na liminar concedida na Ação Cautelar nº 96.0607677-6 (deferiu a liminar “até a adjudicação da linha se e quando licitada pelo Poder Público ou até ulterior deliberação do Juízo, ressalvada a atividade administrativa de fiscalização dos serviços naquilo que não colidir com a liminar” - Id 90348315, p. 73-75), que foi confirmada em Sentença em 1º Grau (Id 90211890, p. 50-55). Ocorre que a liminar concedida na referida ação cautelar nº 96.0607677-6, confirmada em sede de sentença, foi julgada improcedente em acórdão proferido no recurso de apelação e remessa oficial nº 2004.03.99.021065-3, pela Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, revogando-se, portanto, a liminar concedida pelo Juízo *a quo*.
4. A circunstância fática de estar explorando há anos a atividade de modo ‘informal’, inclusive com conhecimento das autoridades administrativas, não gera o direito à sua continuidade. Precedentes.
5. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário suprir eventual omissão do Poder Executivo, autorizando o funcionamento de serviços de transportes, sob pena de violação ao Princípio da Separação dos Poderes, nos termos do art. 2º da Constituição Federal. Precedentes.
6. Encontra-se consolidado pela jurisprudência pátria o entendimento de que o transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, cabendo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII, "e", c.c. o art. 175, ambos da Constituição Federal.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5003037-61.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5003037-61.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por **Nestlé Brasil Ltda.** em face da decisão de ID nº 58427931, que não atribuiu efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto em face da r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados contra o **Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO**.

A agravante alega, em síntese, que:

a) a autuação fiscal é nula, visto que não ocorrera nenhuma violação à regulamentação vigente, bem como inexistiu prejuízo aos consumidores dos produtos industrializados pela ora agravante;

b) o perigo da demora é patente, pois caso o prosseguimento da execução fiscal perdure, poderá ocorrer o levantamento de valores indevidos ou bloqueio de contas, gerando dano de difícil reparação, pois, em que pese o valor da execução aqui combatida não ter o patamar elevado, diversas execuções lastreadas em situações semelhantes foram lançadas contra a ora agravante, o que pode, em cumulação, chegar a valores demasiadamente elevados, razão pela qual é de rigor a concessão da atribuição do efeito suspensivo almejado.

Devidamente intimada, a parte adversa apresentou a contraminuta de agravo, requerendo o desprovimento do recurso.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5003037-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator): A decisão de ID nº 58427931 fora proferida nos seguintes termos:

“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 delimitado na r. sentença de improcedência, bem como nos poucos documentos que acompanham o presente pedido, o procedimento administrativo realizado pela autarquia não contém nenhuma mácula.

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.

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 na execução provisória da sentença com o levantamento da garantia prestada, ou mesmo o bloqueio de contas e demais atos expropriatórios do patrimônio.

O prosseguimento da execução fiscal decorre do § 1º, inciso III, do art. 1.012, do Código de Processo Civil, in verbis:

'Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

[...]

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;'

Tal regra, é verdade, comporta exceções, quando for relevante o fundamento da apelação e, cumulativamente, houver risco de dano de difícil ou impossível reparação, consoante o § 4º do mesmo codex, o que, repita-se, não ficou evidente nestes autos.

Note-se que a alegação de que a empresa poderá sofrer bloqueio de conta não se sustenta, já que não há notícia nos autos de que a agravada tenha solicitado dita providência, até porque a execução fiscal, como registrado pela própria agravante, encontra-se resguardada com a oferta de seguro garantia. Em relação ao possível levantamento do valor do seguro garantia, dita asserção também não subsiste, pois somente após o trânsito em julgado da decisão é que se permite mencionado levantamento, consoante o § 2º do art. 32 da Lei n.º 6.830/80.

Na esteira da jurisprudência que, por similitude, já examinou questão desta natureza, destaco o seguinte julgado. Veja-se:

'AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL IMPROCEDENTES. CARTA DE FIANÇA. EXECUÇÃO. APELAÇÃO NOS EMBARGOS. EFEITO DEVOLUTIVO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A decisão foi proferida com o entendimento jurisprudencial do C. STJ, com supedâneo no art. 1.019, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder. 2. A simples leitura do art. 1.012 do CPC (Art. 520 do CPC/1973) evidencia que o recurso de apelação, via de regra, será recebido em seu duplo efeito, salvo naquelas situações referentes aos seus diversos incisos, quando, então, o apelo será recebido exclusivamente em seu efeito devolutivo. 3. Mencione-se ainda a Súmula n.º 317/STJ: 'É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julga improcedentes os embargos.' 4. Por outro lado, o artigo 558 do CPC/73 prevê hipótese de suspensão do cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma, quando presentes a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação e a relevância na fundamentação. Assim, somente em casos excepcionais o magistrado está autorizado a atribuir à apelação em embargos à execução o efeito suspensivo. 5. No caso dos autos, os argumentos expendidos, não se revelam evidentes o 'periculum in mora' e o suposto perigo de grave lesão de difícil reparação, sendo genéricas as alegações de prejuízo pelo prosseguimento da demanda executiva, mormente porque eventual levantamento ou conversão em renda da União dos valores decorrentes da liquidação da fiança bancária, ofertada como garantia, se encontram submissos ao trânsito em julgado dos embargos à execução, ex vi do art. 32, § 2º, da Lei das Execuções Fiscais. 6. Agravo improvido'

(TRF3, AI n.º 587820, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Marcelo Saraiva, unânime, j. em 15.2.2017, p. em 10.3.2017)

As demais questões trazidas na impugnação versam sobre o mérito, as quais deverão ser examinadas em momento próprio, isto é, no julgamento da apelação.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto."

Conforme devidamente salientado na decisão combatida, o risco mencionado de levantamento de valores, bem como o de bloqueio de contas não remanesce, haja vista que, em relação ao primeiro ponto mencionado, o levantamento só pode ocorrer após o trânsito em julgado dos embargos à execução fiscal, nos termos do artigo 32, § 2º, da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

“Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

[...]

§ 2º - Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.”

Quanto ao bloqueio de valores, nos termos do quanto relatado e decidido, em razão da garantia do juízo, não há perigo em tal medida ser efetivada, mesmo porque não há notícia de que a ora agravada tenha realizado tal pedido.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL IMPROCEDENTES. JUÍZO GARANTIDO ATRAVÉS DE SEGURO-GARANTIA. ART. 32, § 2º, DA LEF. INEXISTÊNCIA DE PERIGO DA DEMORA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Em análise da primeira parte do artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil, verifica-se que a probabilidade do direito invocado não acompanha o requerente, isto porque, conforme delimitado na r. sentença de improcedência, bem como nos parcos documentos que acompanhamo presente pedido, o procedimento administrativo realizado pela autarquia não contém nenhuma mácula.
2. 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 na execução provisória da sentença com o levantamento da garantia prestada, ou mesmo o bloqueio de contas e demais atos expropriatórios do patrimônio.
3. Note-se que a alegação de que a empresa poderá sofrer bloqueio de conta não se sustenta, já que não há notícia nos autos de que a agravada tenha solicitado dita providência, até porque a execução fiscal, como registrado pela própria agravante, encontra-se resguardada com a oferta de seguro garantia. Em relação ao possível levantamento do valor do seguro garantia, dita asserção também não subsiste, pois somente após o trânsito em julgado da decisão é que se permite mencionado levantamento, consoante o § 2º do art. 32 da Lei nº 6.830/80.
4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: W.FARIAADVOGADOS ASSOCIADOS, WILSON RODRIGUES DE FARIA, LEONARDO MAZZILLO

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0031976-25.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: W.FARIAADVOGADOS ASSOCIADOS, WILSON RODRIGUES DE FARIA, LEONARDO MAZZILLO

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por WFARIAADVOGADOS ASSOCIADOS LTDA. em face de r. sentença que, diante da extinção do executivo fiscal, julgou extintos os embargos à execução, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI do CPC, em razão da superveniente perda de seu objeto. Deixou de condenar as partes em honorários advocatícios por já ter apreciado a questão nos autos de execução fiscal, destacando ter levado em consideração a atuação nos presentes embargos.

Na execução fiscal, por ocasião da extinção do feito à vista do cancelamento da inscrição em dívida ativa, deixou de condenar as partes em honorários advocatícios, tendo assim considerado:

“levando em conta o princípio da causalidade, conquanto a Exequite tenha deixado de apresentar contestação aos embargos à execução n. 0031976-25.2016.403.6182, em apenso, restou constatado que quem deu causa indevida à presente execução foi a própria Executada, porquanto o indeferimento do crédito para fins de compensação na fase administrativa decorreram de falhas cometidas pela Executada naquele âmbito, já que ela não apresentara documentos hábeis para comprovar a efetiva retenção do valor que lhe fora pago pela Santander IP, a qual não constava como beneficiária nas informações prestadas pela fonte pagadora, e só veio a fazê-lo agora no âmbito judicial, não sendo capaz de lhe afastar o ônus probatório a simples alegação de se tratariam de obrigações acessórias às quais o Fisco teria acesso, o que, por certo, torna descabida a condenação da Exequite ao pagamento de honorários advocatícios. Por outro lado, em relação à Executada, já existe o encargo legal incidente sobre o crédito exigido e inserido na CDA apresentada.” (Id. 47953342 - p. 04/05)

Apelação dos patronos do executado, ID. 47953340, pugnando pela condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios em atendimento ao princípio da causalidade, visto que fora a própria exequente que deu causa à ação. Ao final, requer aplicação dos critérios previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 5º, do CPC sobre o valor integral e atualizado dos débitos exequendos.

Comcontrarrazões, vieramos autos conclusos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0031976-25.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: W.FARIAADVOGADOS ASSOCIADOS, WILSON RODRIGUES DE FARIA, LEONARDO MAZZILLO

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO MAZZILLO - SP195279-A, WILSON RODRIGUES DE FARIA - SP122287-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a discussão acerca da possibilidade de condenação da União ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Primeiramente, cumpre reconhecer a legitimidade do causídico para apresentar o presente recurso, na qualidade de terceiros interessado.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TITULARIDADE DO CRÉDITO. LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE DO ADVOGADO PARA A EXECUÇÃO. RECURSO DE TERCEIRO. LEGITIMIDADE.

1.- Os honorários advocatícios de sucumbência, pelo sistema originário do Código de Processo Civil, tinham por finalidade compensar a parte vencedora pelos gastos que esta teve de despender com a contratação de um advogado para a defesa dos seus interesses em juízo.

2.- A Lei nº 8.906/94 alterou esse sistema, atribuindo ao próprio advogado a titularidade desse crédito e conferindo-lhe a legitimidade concorrente para promover a execução.

*3.- **Se o advogado tem legitimidade para promover em nome próprio a execução do título judicial na parte relativa à verba honorária, também o terá para, na condição de terceiro interessado, recorrer de decisão prolatada na execução promovida pelo credor principal, com relação a essa matéria.***

4.- Recurso especial provido.” – g.m.

(REsp 1140511/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 15/12/2011)

Trata-se de embargos à execução fiscal nos quais alega o contribuinte ser indevida a cobrança veiculada no executivo fiscal, pois se trata de crédito tributário extinto por meio de compensação legítima operada pelo embargante no âmbito administrativo.

Na primeira oportunidade, a União informou que a alegada compensação não fora reconhecida administrativamente por ausência de provas do suposto crédito, provas estas que foram apresentadas pela embargante somente nestes autos. Ponderou na ocasião estar a embargante aproveitando-se deste processo judicial para fazer toda a prova que não foi feita no âmbito administrativo, justificando o motivo do indeferimento do crédito na fase administrativa e o conseqüente encaminhamento do débito para inscrição em dívida ativa.

Verifica-se, portanto, que somente com a documentação apresentada nestes autos, especificamente o “tão solicitado informe de rendimentos comprovando a retenção, registrado no sistema DIRF, além da confirmação de que o crédito não foi integrado ao saldo negativo de 2009, a União informa que não contestará o mérito do direito creditório pleiteado pelo embargante” (Id. 47953334 - p. 7)

Diante da documentação apresentada, a União cancelou a inscrição em dívida ativa, levando à extinção do executivo fiscal e a conseqüente perda de objeto dos presentes embargos à execução.

Considerando que a extinção deste feito decorreu de causa superveniente, é preciso aplicar o princípio da causalidade para analisar o requerimento dos apelantes, sobrepondo-se à sucumbência por não ter havido enfrentamento do mérito.

Ainda que a embargante tenha contratado serviços advocatícios para atuar em sua defesa, observo que a execução fiscal só foi ajuizada por comportamento omissivo do embargante no procedimento administrativo de compensação. Nessas situações, não se pode atribuir à exequente responsabilização pelo ajuizamento da demanda, que se mostrava pertinente e adequada no momento de sua propositura.

O c. Superior Tribunal de Justiça já enfrentou essa questão no Recurso Especial nº 1.111.002/SP, sujeito ao regime dos recursos repetitivos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CANCELAMENTO DO DÉBITO PELA EXEQUENTE. ERRO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - DCTF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERIFICAÇÃO DA DATA DE APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO RETIFICADORA, SE HOVER, EM COTEJO COM A DATA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que vem dotado de fundamentação suficiente para sustentar o decidido.

2. Em sede de execução fiscal é impertinente a invocação do art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97, tendo em vista que o Plenário do STF, em sessão de 29.09.2004, julgando o RE 420.816/PR (DJ 06.10.2004) declarou incidentalmente a constitucionalidade da MP n. 2180-35, de 24.08.2001 restringindo-lhe, porém, a aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730).

3. É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no REsp. N° 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG N° 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp N° 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp. N° 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004.

4. Tendo havido erro do contribuinte no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, é imprescindível verificar a data da apresentação do documento retificador; se houver, em cotejo com a data do ajuizamento da execução fiscal a fim de, em razão do princípio da causalidade, se houver citação, condenar a parte culpada ao pagamento dos honorários advocatícios.

5. O contribuinte que erra no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF deve ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários advocatícios, por outro lado, o contribuinte que a tempo de evitar a execução fiscal protocola documento retificador não pode ser penalizado com o pagamento de honorários em execução fiscal pela demora da administração em analisar seu pedido.

6. Hipótese em que o contribuinte protocolou documento retificador antes do ajuizamento da execução fiscal e foi citado para resposta com a consequente subsistência da condenação da Fazenda Nacional em honorários.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”

(REsp 1111002/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009)

No mesmo sentido, encontra-se o posicionamento desta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO INTERNO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DOS CRÉDITOS: INOCORRÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - ERRO DO CONTRIBUINTE.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, em decorrência de impugnação administrativa, não é automática: depende de específica previsão em regulamento. 2. A compensação é regida pela lei vigente na data do requerimento. 3. **No momento do ajuizamento da execução, o crédito não estava suspenso, porque não havia recurso administrativo pendente de apreciação, em sede administrativa.** 4. Houve equívocos no preenchimento do pedido de compensação e nas DCTs apresentadas pela embargante, o que ensejou a inscrição dos débitos em dívida ativa. 5. Ainda que tenha havido o cancelamento das CDAS nº 80.2.06.089338-62 e 80.6.06.183168-90, o ajuizamento da execução fiscal decorreu de erro no preenchimento das declarações pela embargante. 6. **Pelo princípio da causalidade, não é cabível a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios.** 7. É exigível, na cobrança de créditos da Fazenda Nacional, o encargo previsto no Decreto-Lei n.º 1.025/69, destinado ao ressarcimento de todas as despesas para a cobrança judicial da dívida pública da União - naquelas incluídos os honorários advocatícios. 8. Agravo interno improvido.”

(ApCiv 0017046-12.2010.4.03.6182, DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2019.)

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ERRO DE FATO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA DCTF E IRREGULARIDADE NA INDICAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. AJUIZAMENTO DO EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO C. STJ NO JULGAMENTO DO RESP 1.111.002/SP. RECURSO PROVIDO. - A controvérsia reside em averiguar o cabimento da condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios na hipótese em que a execução fiscal tem origem a partir de erro na informação prestada pelo contribuinte em declaração de débitos e créditos tributários federais - DCTF. - No caso dos autos, verifica-se que a parte autora, ora recorrida, incorreu em erro formal, uma vez que não informou em sua DCTF as compensações realizadas através do sistema DCOMP, ocasionando inconsistência nas informações e a consequente inscrição em Dívida Ativa da União (fl. 134). - Ainda que os débitos tenham sido confessados nos Per/Dcomp's, antes da inscrição, nota-se que os débitos apresentados nas DCTF's que originaram a cobrança não refletiram as intenções demonstradas nos Per/Dcomp's, é dizer, a compensação regular (fl. 155). - A inscrição nº 80.203010886-90 foi extinta por pagamento realizado a título de adesão a parcelamento ao qual aderiu a executada, no âmbito da procuradoria da Fazenda Nacional, após a inscrição do débito em dívida ativa (fls. 153/154). - **Em conformidade com o princípio da causalidade, deve ser reformada a r. sentença que condenou a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, uma vez que o erro da própria contribuinte no recolhimento do tributo deu causa ao ajuizamento da ação executiva contra ela proposta. Precedente do C. STJ firmado em sede de recurso repetitivo, REsp nº 1.111.002/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques.** - Apelação provida.”

(ApCiv 0028439-36.2007.4.03.6182, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2018.)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA CDA. EXTINÇÃO DO EXECUTIVO FISCAL. PERDA DE OBJETO DOS EMBARGOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Legitimidade do causídico para recorrer, na qualidade de terceiros interessado, quanto a parte da sentença relativa aos honorários advocatícios.
2. Trata-se de embargos à execução fiscal nos quais alega o contribuinte ser indevida a cobrança veiculada no executivo fiscal, pois se trata de crédito tributário extinto por meio de compensação legítima operada no âmbito administrativo.
3. Indeferimento da compensação no procedimento administrativo decorreu da ausência de prova do suposto crédito, documentos estes que foram apresentados somente nestes autos, motivo pelo qual o valor foi inscrito em dívida ativa.
4. Diante da documentação apresentada, a União cancelou a inscrição em dívida ativa, levando à extinção do executivo fiscal e a consequente perda de objeto dos presentes embargos à execução.
5. Aplicação do princípio da causalidade para análise do cabimento de honorários advocatícios. Apesar de o embargante ter contratado serviços advocatícios para atuar em sua defesa, a execução fiscal só foi ajuizada por comportamento omissivo do apelante no procedimento administrativo de compensação. Nessas situações, não se pode atribuir à exequente responsabilização pelo ajuizamento da demanda, que se mostrava pertinente e adequada no momento de sua propositura. Precedentes.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0021193-94.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: OPENDOOR ADMINISTRACAO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0021193-94.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: OPENDOOR ADMINISTRACAO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Opendoor Administração e Corretagem de Seguros Ltda.** contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação ordinária de cancelamento de protesto de Certidão de Dívida Ativa, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Irresignada, a recorrente sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade do protesto de CDA. Assevera, ainda, que procedeu ao parcelamento da dívida, fato que constitui causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021193-94.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: OPENDOOR ADMINISTRACAO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O Supremo Tribunal Federal dirimiu a controvérsia existente no julgamento da ADIn n.º 5135, fixando a tese nos seguintes termos:

"O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política". *Verbis*:

"Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade.

1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material.

2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber; Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia ex nunc à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI.

3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. 3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo.

4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política."

(ADI 5135, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018)

O julgado foi proferido em sessão Plenária aos 09.11.2016. O Agravo regimental foi julgado prejudicado em 12.12.2016 pelo relator, Min. Luís Barroso. O *decisum* transitou em julgado em 17.2.2018.

Quanto ao parcelamento efetuado pela recorrente, verifica-se que a adesão ocorreu em 07.08.2014, posteriormente à realização do protesto, que se deu em 16.06.2014, não se verificando dessa forma nenhuma ilegalidade no ato praticado pela União.

Como bem salientado pelo Juízo *a quo*, diante da superveniência de adesão a parcelamento do crédito tributário e da anuência do Fisco quanto ao cancelamento do protesto, basta que a parte autora compareça ao tabelionato competente e requeira o cancelamento do protesto, arcando com as custas devidas.

Ante o exposto **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

EMENTA

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PROTESTO. POSSIBILIDADE. ADIn n.º 5135.

1. O Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado na ADIn n.º 5135, fixando tese de que: "*O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política*". O acórdão transitou em julgado em 17.2.2018.

2. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030418-51.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELANTE: GILBERTO VIEIRA DE ANDRADE - SP58126-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030418-51.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELANTE: GILBERTO VIEIRA DE ANDRADE - SP58126-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto por **Localfrio S/A Armazéns Gerais Frigoríficos** em face da **União** contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação declaratória ajuizada, para declarar o reconhecimento do crédito no valor de R\$ 15.843,12 (quinze mil oitocentos e quarenta e três reais e doze centavos) referente aos serviços de armazenagem prestados pela permissionária concernente às Fichas de Mercadorias Abandonadas: **FMA n.º 00039/00**, em data de 01/06/2000 GMCI n.º 033947-7/2000, em data de 02/03/2000 **FMA n.º 00020/00**, em data de 28/02/2000 GMCI n.º 181 833-9/1 999, em data de 28/11/1 999 **FMA n.º 00058/00**, em data de 06/07/2000 GMCI n.º 056678-2/2000, em data de 06/04/2000 **FMA n.º 00051 /00**, em data de 20/06/2000 GMCI n.º 045855-6/2000, em data de 21/03/2000 **FMA n.º 00003/00**, em data de 06/01/2000 GMCI n.º 144642-9/1 999, em data de 07/1 0/1 999 **FMA n.º 00044/00**, em data de 02/06/2000 GMCI n.º 035022-0/2000, em data de 03/03/2000.

Narra na inicial que, na qualidade de empresa alfandegada, com instalação portuária de uso público, realiza movimentação e depósito de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, mantendo sob sua guarda as mercadorias declaradas abandonadas e apreendidas pelo Fisco até a data de suas destinações. Ocorre que a requerida recusou-se a efetuar o pagamento devido, sob o argumento de que não havia amparo legal, nem contrato ou licitação a justificar tal pleito.

O juízo *a quo* reconheceu a prescrição, restando prejudicada a apreciação dos demais argumentos expendidos pela autora na inicial. Houve condenação da autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.561,38 (dois mil, quinhentos e sessenta e um reais e trinta e oito centavos).

Em suas razões, a parte autora sustenta, em síntese, que a cobrança não foi alcançada pela prescrição, porque a sentença administrativa que denegou tal pagamento foi exarada em abril de 2007 e é a partir desta data que deve começar a contar o prazo prescricional. Pleiteou, assim, a reforma da sentença, no sentido de ser afastada a alegada prescrição, bem como seja declarada devida a importância de R\$ 15.843,12 (quinze mil oitocentos e quarenta e três reais e doze centavos).

Comcontrarrazões da União, subiram os autos a esta Corte.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0030418-51.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELANTE: GILBERTO VIEIRA DE ANDRADE - SP58126-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da autora, ora apelante, quanto ao reconhecimento do crédito atinente à taxa de armazenagem de mercadorias abandonadas pelo importador e apreendidas pela Receita Federal do Brasil.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, por entender prescrito o crédito pleiteado.

Pois bem

Ar. sentença de piso merece reforma.

Inicialmente, afasto, de plano, a ocorrência de prescrição.

Isso porque o termo inicial para a contagem do prazo prescricional no caso *sub judice* é a decisão final do processo administrativo em qual foi requerido o pagamento das importâncias inerentes às tarifas de armazenagem, confirmam-se os seguintes precedentes:

"ADUANEIRO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL PELO PAGAMENTO. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA EM CASO DE ABANDONO DA MERCADORIA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DO ARTIGO 1º-F DA LEI 9494/97.

1. *Preliminares rejeitadas. A Inicial é apta, na forma do artigo 282 do C.P.C. e encontra-se devidamente instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, bem assim aqueles necessários à compreensão da controvérsia. A competência relativa se firmou na forma dos artigos 109, § 2º e 112 do Código de Processo Civil. A Legitimidade passiva da União Federal decorre da inteligência do artigo 647 do Decreto Nº 6.759, de 5 de Fevereiro de 2009 (Novo Regulamento Aduaneiro)*

2. No caso sub judice, não decorreu o prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32, porquanto o termo inicial para a contagem do prazo prescricional em ações como a presente, é a data em que o processo administrativo foi definitivamente julgado.

3. *É de responsabilidade da União Federal o pagamento dos custos da armazenagem dos bens sob os cuidados da autora, permissionária do serviço público, em virtude do seu abandono, conforme Ficha de Mercadoria Abandonada - FMA, pois nesta oportunidade os bens passaram para o domínio da Receita Federal, responsável pelo seu destino, destruição, leilão ou doação dentre outros.*

4. *Os juros e correção monetária incidirão na forma do artigo 1º-F da Lei 9494/97. Resolução 134/10 do CJF.*

5. *Precedentes.*

6. *Apelação provida."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1637454 - 0001191-45.2010.4.03.6100, Rel. JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, julgado em 20/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2014)

*"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. **PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.** INTERRUPTÃO. CONTRATO DE PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ARMAZENAMENTO DE MERCADORIAS APREENDIDAS OU ABANDONADAS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. ART. 31, DO DECRETO-LEI N.º 1.455/76. RESPONSABILIDADE DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.*

1. *Afastada a alegação de inépcia da exordial em razão da ausência de documentos essenciais à propositura da ação, uma vez que a parte autora formulou pedido certo, determinado e inteligível, carreado aos autos, outrossim, documentos idôneos e suficientes a servir de suporte fático da pretensão deduzida em juízo.*

2. *Igualmente, não há que se falar em ilegitimidade passiva da União Federal, porquanto o próprio art. 31, do Decreto-Lei n.º 1.455/71, estabelece a responsabilidade da Secretaria da Receita Federal pelo pagamento da tarifa de armazenagem ao depositário, decorrendo a obrigação, portanto, de lei em sentido formal.*

3. *No que concerne ao pleito de reconhecimento da prescrição quinquenal prevista no art. 1º, do Decreto n.º 20.910/32, este também não deve prosperar; haja vista que a parte autora protocolou, em 18/01/2001, requerimento administrativo de ressarcimento (Processo Administrativo n.º 11128.000188/2001-65), cuja sentença denegatória foi exarada em 28/05/2007, **interregno este durante o qual não houve fluência do prazo prescricional.** Destarte, tendo sido a presente ação ordinária ajuizada em 07/10/2008, é de se anotar a inocorrência da prescrição quinquenal.*

4. *De uma singela leitura da redação conferida ao art. 31, do Decreto-Lei n.º 1.455/71, não restam dúvidas de que, informando a parte autora, no prazo de 5 (cinco) dias, que as mercadorias encontravam-se abandonadas, é dever da Secretaria da Receita Federal pagar a aludida despesa de armazenagem tão logo haja tal comunicação.*

5. Muito embora a atividade da apelada consista em um serviço público, cuja competência foi delegada pela União Federal mediante permissão, não se deve olvidar que a obrigação de indenizar, ao contrário do que alega a apelante, não existe em virtude de um contrato de permissão, decorrendo, isso sim, de disposição legal expressa da qual não se pode furtar ao cumprimento a Secretaria da Receita Federal.

6. Nem há de se alegar, por fim, que os custos de armazenagem pela custódia das mercadorias devem ser suportados pela própria depositária, a qual deveria assumir os riscos da atividade empresarial, porquanto tal ideia configuraria inegável enriquecimento sem causa por parte da União.

7. *Apelação improvida.*"

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1822368 - 0024840-10.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 02/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2013)

"DIREITO PROCESSUAL E ADUANEIRO. ARTIGO 557, CPC. AGRAVOS INOMINADOS. DESPESAS E CUSTOS COM ARMAZENAGEM. ABANDONO E PERDIMENTO. **PRESCRIÇÃO**. RESPONSABILIDADE LEGAL. DECRETO-LEI 1.455/1976. TERMO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da fundamentação lançada nos autos.

2. Consolidada a jurisprudência no sentido de que a prescrição nas ações de cobrança contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do Decreto 20.910/1932. **No caso, as fichas de mercadorias abandonadas foram emitidas em 06/02/1998, e as notas fiscais em 20/09/1999, com interrupção da prescrição, conforme assentado na jurisprudência, durante o processo administrativo, instaurado em 18/01/2001, cujo julgamento final ocorreu em abril de 2007, sem o decurso do prazo legal, frente à propositura da ação em 09/04/2008 e à citação da ré em 07/07/2008.**

3 A legislação aduaneira estabelece a obrigação de pagamento em contrapartida à obrigação de armazenagem (art. 579), sendo firme a jurisprudência no sentido de que o pagamento, legalmente previsto, porque derivado de dever legal de armazenagem, não tem caráter contratual e, portanto, não tem relevância a discussão da exigência de licitação ou da condição de concessionário de serviço público, até porque os custos da armazenagem não geram dívida, estando retratados em fichas de mercadorias abandonadas e tabelas de valores aplicáveis aos usuários do serviço. O pagamento é devido pela UNIÃO por ser sua a propriedade dos bens após abandono e perdimento, sendo devidas as despesas de armazenagem apenas a partir do perdimento definitivamente decretado, conforme firmes e consolidados precedentes.

4. *Agravos inominados desprovidos.*"

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1468923 - 0008522-49.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 24/05/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2012)

In casu, verifico que esta está regulamentada pelo Decreto nº 20.910/32 e, no caso em comento, não se consumou.

Isso porque a parte autora apresentou requerimento administrativo, que redundou no processo administrativo nº 11128.004152/2001-51, durante o qual não transcorreu qualquer prazo (artigo 4º e parágrafo único do Decreto nº 20.910/32), tendo a decisão administrativa final sido pronunciada somente em 19 de abril de 2007.

Assim, ao deduzir administrativamente sua pretensão quando ainda estava em curso o prazo prescricional, a autora deixou de ser inerte, razão pela qual não há que se falar em prescrição.

O termo inicial para a contagem do prazo prescricional no caso *sub judice* é a decisão final do processo administrativo em qual foi requerido o pagamento das importâncias inerentes às tarifas de armazenagem, ocorrida em 19/04/2007.

A prova dos autos demonstra que a decisão administrativa no processo nº 11128.004152/2001-51 ocorrera em 19/04/2007 (f. 51-59) e o ajuizamento da presente demanda em 08/12/2008 (f. 02), razão pela qual é impossível o reconhecimento da prescrição para o caso vertente, porquanto não ultrapassado o prazo prescricional de 5 anos.

Assim, afasto a alegação de prescrição, no presente caso.

Superada a questão da prescrição, em obediência ao princípio da causa madura, disposto no art. 1.013, §4º, do CPC/2015, passo à análise das demais questões veiculadas na presente demanda.

A apelante, permissionária de serviço público em instalação portuária de zona primária, realiza a movimentação e o depósito de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, nos termos do que dispõe o Regulamento Aduaneiro.

Assim, o armazenamento de mercadorias importadas é uma das atividades da autora, como permissionária. E, nessa qualidade, também possui a obrigação, determinada na legislação aduaneira, de comunicar à Secretaria da Receita Federal as ocorrências de mercadorias abandonadas por decurso de prazo e mantê-las sob sua guarda até a final destinação das mesmas.

Dessa forma, no caso de mercadorias apreendidas por desconformidade com aquilo que foi declarado na guia de importação deverá mantê-las sob sua custódia.

Considera-se mercadoria abandonada, nos termos dos artigos 642 e 644 do Decreto 6.759/09, os produtos que permanecerem em recinto alfandegado sem que o seu despacho de importação seja iniciado no decurso dos prazos estabelecidos nos referidos artigos. Após o depósito das mercancias em seu recinto, a prestadora do serviço/autora deve observar rigorosamente o controle dos prazos de armazenamento e comunicar à Secretaria da Receita Federal as mercadorias que estiverem abandonadas por seu decurso e/ou apreendidas pelo fisco. Por tal atividade, a legislação aduaneira prevê o pagamento de despesas das referidas armazenagens.

Conforme se verifica do artigo 31 do Decreto-lei nº 1.455/76, após a devida comunicação, é responsabilidade da Secretaria da Receita Federal realizar o pagamento ao depositário da tarifa de armazenagem:

Art. 31. Decorrido o prazo de que trata a letra "a" do inciso II do artigo 23, o depositário fará, em 5 (cinco) dias, comunicação ao órgão local da Secretaria da Receita Federal, relacionando as mercadorias e mencionando todos os elementos necessários à identificação dos volumes e do veículo transportador.

1º Feita a comunicação de que trata este artigo dentro do prazo previsto, a Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do FUNDAF, efetuará o pagamento ao depositário da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria.

2º Caso a comunicação estabelecida neste artigo não seja efetuada no prazo estipulado, somente será paga pela Secretaria da Receita Federal a armazenagem devida até o término do referido prazo, ainda que a mercadoria venha a ser posteriormente alienada.

Assim, o equilíbrio econômico financeiro entre a permissionária e a administração fica resguardado, uma vez que a partir do depósito efetuado e com o vencimento do período de permanência da mercadoria estrangeira em recinto alfandegado, sem o respectivo despacho aduaneiro, surge a obrigação do pagamento da tarifa. O Decreto nº 6.759/2009, em seu artigo 647, explicitou a forma e o modo pelo qual esse pagamento deve se realizar:

Art. 647 - Decorridos os prazos previstos nos arts. 642 e 644, sem que tenha sido iniciado o despacho de importação, o depositário fará, em cinco dias, comunicação à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o recinto alfandegado, relacionando as mercadorias e mencionando todos os elementos necessários à identificação dos volumes e do veículo transportador. (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art.31, caput).

§1º - Feita a comunicação dentro do prazo previsto, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, com os recursos provenientes do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, efetuará o pagamento, ao depositário, da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria (Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art.31, §1º).

§2º - Caso a comunicação não seja efetuada no prazo estipulado, somente será paga pela Secretaria da Receita Federal do Brasil a armazenagem devida até o término do referido prazo, ainda que a mercadoria venha a ser posteriormente alienada (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art.31, §2º).

As mercadorias tidas por abandonadas e/ou apreendidas, quando objeto da pena de perdimento, são vendidas em hasta pública, ou são destinadas à incorporação a órgãos da Administração Pública ou a entidades filantrópicas, científicas ou educacionais. Como os ingressos decorrentes de tais alienações configurarão receita da União, na rubrica orçamentária do FUNDAF, o legislador determinou que as despesas de armazenagem fossem suportadas pela Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do próprio FUNDAF.

Tal determinação advém do fato de que não é permitido à permissionária tomar as mercadorias abandonadas para si, de modo a se ressarcir de tais despesas.

Portanto, a legislação aduaneira, ao tratar de mercadorias abandonadas pelo importador, previu o pagamento das despesas de armazenagem. Os referidos dispositivos impõem à Secretaria da Receita Federal o dever de efetuar-lo até a data em que ela retirar a mercadoria, com recursos do FUNDAF. Basta, para tanto, que o depositário comunique à Secretaria da Receita Federal, no prazo de 05 (cinco) dias a contar da configuração do abandono (90 dias, após a descarga da mercadoria, sem que tenha sido iniciado o despacho aduaneiro).

E é esse o caso dos autos, pois pretende a autora, ora apelante, o ressarcimento dos valores dos custos operacionais envolvidos na prestação dos serviços de guarda e armazenagem, custos estes que devem ser suportados pela Administração Pública.

Ressalte-se que a armazenagem demanda custos de espaço ocupado, de guarnição e movimentação, além de medidas relativas à sua segurança.

In casu, a apelante cobra valores devidos por força de armazenamento de mercadoria abandonada (FMA n.º 00039/00, em data de 01/06/2000; FMA n.º 00020/00, em data de 28/02/2000; FMA n.º 00058/00, em data de 06/07/2000; FMA n.º 00051/00, em data de 20/06/2000; FMA n.º 00003/00, em data de 06/01/2000; FMA n.º 00044/00, em data de 02/06/2000).

Comprovou a apelada que notificou tempestivamente a Secretaria da Receita Federal acerca do abandono das mercadorias como protocolo das FMAs em 02/06/2000; 28/02/2000, 07/07/2000, 21/06/2000, 06/01/2000, 02/06/2000 (f. 32-37).

Destarte, a União deve arcar com a tarifa até a data da retirada do recinto alfandegado, nos termos do art. 31, *caput* e §1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76, não havendo que se falar em mácula aos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, pois trata-se de obrigação imposta em lei e nada mais justo que a União, titular dos bens abandonados, arque com os custos de armazenagem deles, **sob pena de enriquecimento sem causa**.

Ainda, não há que se falar em exigência de prévia licitação para a "contratação do serviço de armazenagem", tendo em vista que a prestação do serviço decorre de imposição legal, de modo que é possível aplicar a ressalva prevista na primeira parte do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Dessa forma, há de se concluir que a apelada, na condição de depositária das mercadorias abandonadas e/ou apreendidas e colocadas à disposição da União Federal, temo direito de cobrar a tarifa de armazenagem correspondente.

Nesse sentido tem decidido essa Corte Regional da 3ª Região:

"ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ARMAZENAGEM. MERCADORIA ABANDONADA. PENA DE PERDIMENTO APLICADA. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

1. Decretado o perdimento das mercadorias abandonadas, não há como eximir a União Federal do pagamento das despesas de armazenagem pela simples alegação de que não existe relação jurídica com a autora, mesmo porque a obrigação decorre de lei e atos regulamentares.

2. O artigo 31 do Decreto-lei nº 1.455/76 fixa que os valores devidos serão pagos pela Secretaria da Receita Federal com recursos oriundos do FUNDAF, de sorte que a alegação de inexistência de contrato sucumbe à força normativa do comando legal.

3. Uma vez prestado o serviço, a União, sob pena de enriquecimento sem causa, deve remunerar a autora em seu valor de mercado, uma vez que esta não tem a opção de dar destinação qualquer aos bens, ficando a guarda e conservação sob sua inteira responsabilidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas."

(APELREE nº 2207.61.19005003-9 - TRF3 - Rel. Desemb. Fed. MARLI FERREIRA - DJe de 10.06.2011)

"ADUANEIRO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA EM CASO DE ABANDONO DA MERCADORIA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL PELO PAGAMENTO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DO ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97.

1. Preliminares rejeitadas. A inicial é apta, na forma do artigo 282 do CPC. A competência relativa se firmou na forma dos artigos 109, §2º e 112 do Código de Processo Civil. A legitimidade passiva da União Federal decorre da inteligência do artigo 647 do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Novo Regulamento Aduaneiro).

2. *É de responsabilidade da União Federal o pagamento dos custos da armazenagem dos bens sob os cuidados da autora, permissionária do serviço público, em virtude do seu abandono, conforme Ficha de Mercadoria Abandonada -FMA, pois nesta oportunidade os bens passaram para o domínio da Receita Federal, responsável pelo seu destino, destruição, leilão ou doação dentre outros.*

3. *Os juros e correção monetária incidirão na forma do artigo 1º-F da Lei 9494/97.*

4. *Precedentes.*

5. *Apelação desprovida.*

6. *Remessa oficial parcialmente provida."*

(AC nº 0001276-31.2010.4.03.6100/SP - Rel. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Dje DE 16.09.2013)

"ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - TARIFA DE ARMAZENAGEM - MERCADORIA APREENDIDA OU ABANDONADA - RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CARACTERIZADA 1 - Trata-se relação jurídica do tipo continuativa, motivo pelo qual, a cada período de permanência da mercadoria no recinto alfandegado, nasce o direito a perceber o valor referente à tarifa de armazenagem, não havendo no que se falar em prescrição. 2 - Deve ser restringida a pretensão em cinco anos contados retroativamente ao ajuizamento da ação. 3 - A autora é sociedade mercantil tendo como atividade serviços desenvolvidos em Estação Aduaneira Interior - EADI. 4 - A Tarifa de armazenagem é devida pelo armazenamento, guarda e controle das mercadorias nos Armazéns de Carga Aérea dos Aeroportos, incidindo sobre consignatário ou transportador no caso de carga aérea em trânsito. 5 - Em caso de apreensão ou abandono de mercadorias, até esta data os custos serão por conta do importador. Somente depois de declarada definitivamente a Pena de Perdimento da mercadoria, pode ser exigida a debatida tarifa da Receita Federal, pois apenas após este momento a mesma pode ser reputado como de domínio da mesma. 6 - Os valores a serem ressarcidos deverão ser corrigidos unicamente pela taxa SELIC, que engloba juros e correção monetária. 7 - Quanto à verba honorária, a mesma deve ser fixada em R\$ 50.000,00 em favor da autora, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. 8 - Apelação da autora provida. Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas."

(APELREE 2004.61.19.007459-6 - TRF3 - Desembargador Federal NERY JUNIOR - Dje de 18/10/2010)

"DIREITO PROCESSUAL E ADUANEIRO. ARTIGO 557, CPC. AGRAVO INOMINADO. DESPESAS E CUSTOS COM ARMAZENAGEM. ABANDONO E PERDIMENTO. RESPONSABILIDADE LEGAL. DECRETO-LEI 1.455/1976. TERMO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. *O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da fundamentação lançada nos autos.*

2. *A legislação aduaneira estabelece a obrigação de pagamento em contrapartida à obrigação de armazenagem (art. 579), sendo firme a jurisprudência no sentido de que o pagamento, legalmente previsto, porque derivado de dever legal de armazenagem, não tem caráter contratual e, portanto, não tem relevância a discussão da exigência de licitação ou da condição de concessionário de serviço público, até porque os custos da armazenagem não geram dívida, estando retratados em fichas de mercadorias abandonadas e tabelas de valores aplicáveis aos usuários do serviço. O pagamento é devido pela UNIÃO por ser sua a propriedade dos bens após abandono e perdimento, sendo devidas as despesas de armazenagem apenas a partir do perdimento definitivamente decretado, conforme firmes e consolidados precedentes.*

3. *No tocante à alegação de que não houve perdimento, para efeito de fixar propriedade e responsabilidade pelo pagamento da taxa de armazenagem, a prova dos autos é manifesta no sentido de que os bens, apreendidos entre 2005 e 2006, já tiveram destinação dada pela União, seja através de destruição, doação ou incorporação ao patrimônio público, o que foi confirmado pela própria SRF, além do que o artigo 579, § 1º, do RA estipula os requisitos para a obrigação legal da SRF de pagar as tarifas de armazenagem, todos devidamente cumpridos.*

4. *Agravo inominado desprovido."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1762284 - 0001063-59.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 01/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2013) grifei.

“ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ARMAZENAGEM. MERCADORIA ABANDONADA. PENA DE PERDIMENTO. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A autora emitiu as Fichas de Mercadoria Abandonada - FMAs n.ºs 00014/1998 em 06.01.1998 e a de n.º 00029/2000 em 24.03.2000 (fls. 18 e 19); e, em 30.04.2001 (fls. 24 e 25), as respectivas Notas Fiscais - Fatura de Serviços, interrompendo-se o prazo da prescrição em 08.08.2001 (fls. 26), data em que protocolizou o pedido de pagamento da tarifa de armazenagem na esfera administrativa. Considerando que o último ato em âmbito administrativo acostado aos autos data de abril/2007 (fls. 39), não há falar-se em prescrição, haja vista o ajuizamento da ação em 08.10.2008.

Decretado o perdimento das mercadorias abandonadas, não há como eximir a União Federal do pagamento das despesas de armazenagem pela simples alegação de que não existe relação jurídica com a autora (recinto alfandegado), mesmo porque a obrigação decorre de lei e atos regulamentares.

O artigo 31 do Decreto-Lei n.º 1.455/76 fixa que os valores devidos serão pagos pela Secretaria da Receita Federal com recursos oriundos do FUNDAF, de sorte que a alegação de inexistência de contrato sucumbe à força normativa do comando legal.

Não prospera o argumento quanto à necessidade de licitação, com esteio no artigo 25 da Lei n.º 8.666/93, posto que tal determinação somente se aplica quando se tratar de ato futuro, e não de serviço já prestado.

Quanto ao valor cobrado pela autora, não comprovou a União Federal por meio de critérios objetivos, os motivos pelos quais entende que o valor cobrado encontra-se incorreto, tampouco demonstrando que as tarifas exigidas são excessivas em relação aos valores cobrados no mercado.

Apelação desprovida.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1573775 - 0024985-66.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 03/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2017)

No caso dos autos, reforce-se que a documentação juntada aos autos comprova que a apelada realizou todo o procedimento requerido na legislação de regência, emissão das Fichas de Mercadoria Abandonada e a emissão das notas fiscais como notificação da Secretaria da Receita Federal, informando tempestivamente ao órgão local da Secretaria da Receita Federal que as mercadorias se encontravam em situação de abandono, bem assim como o pedido de pagamento perante a autoridade pública responsável.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, para julgar procedente o pedido de reconhecimento do crédito no valor de R\$ 15.843,12 (quinze mil oitocentos e quarenta e três reais e três centavos) referente aos serviços de armazenagem prestados pela permissionária concernente às Fichas de Mercadorias Abandonadas: FMA n.º 00039/00, em data de 01/06/2000 GMCI n.º 033947-7/2000, em data de 02/03/2000 FMA n.º 00020/00, em data de 28/02/2000 GMCI n.º 181 833-9/1 999, em data de 28/11/1 999 FMA n.º 00058/00, em data de 06/07/2000 GMCI n.º 056678-2/2000, em data de 06/04/2000 FMA n.º 00051 /00, em data de 20/06/2000 GMCI n.º 045855-6/2000, em data de 21/03/2000 FMA n.º 00003/00, em data de 06/01/2000 GMCI n.º 144642-9/1 999, em data de 07/10/1999 FMA n.º 00044/00, em data de 02/06/2000 GMCI n.º 035022-0/2000, em data de 03/03/2000, devidamente corrigido até o efetivo pagamento, referente à despesa de armazenamento das mercadorias abandonadas no recinto alfandegado da autora.

Por fim, inverte o ônus da sucumbência, bem como condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento), sobre o valor da causa, devidamente atualizados.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CRÉDITO. TARIFA DE ARMAZENAGEM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. ART. 1.013, §4º, DO CPC/2015. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES DISCUTIDAS NO PROCESSO. DEPÓSITO DE MERCADORIAS ABANDONADAS OU APREENDIDAS. DEVER LEGAL. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. DECRETO-LEI 1.455/1976. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. Caso em que a parte autora visa provimento jurisdicional que declare a obrigação da União ao pagamento das despesas com a taxa de armazenagem dos bens apreendidos e abandonados, mantidos sob o depósito da primeira.
2. O termo inicial para a contagem do prazo prescricional no caso *sub judice* é a decisão final do processo administrativo em qual foi requerido o pagamento das importâncias inerentes às tarifas de armazenagem, ocorrida em 19/04/2007.
3. A prova dos autos demonstra que a decisão administrativa no processo nº 11128.004152/2001-51 ocorrera em 19/04/2007 (f. 51-59) e o ajuizamento da presente demanda em 08/12/2008 (f. 02), razão pela qual é impossível o reconhecimento da prescrição para o caso vertente, porquanto não ultrapassado o prazo prescricional de 5 anos.
4. O armazenamento de mercadorias importadas é uma das atividades da autora, como permissionária. E, nessa qualidade, também possui a obrigação, determinada na legislação aduaneira, de comunicar à Secretaria da Receita Federal as ocorrências de mercadorias abandonadas por decurso de prazo e mantê-las sob sua guarda até a final destinação das mesmas.
5. Dessa forma, no caso de mercadorias apreendidas por desconformidade com aquilo que foi declarado na guia de importação deverá mantê-las sob sua custódia.
6. Considera-se mercadoria abandonada, nos termos dos artigos 642 e 644 do Decreto 6.759/09, os produtos que permanecerem em recinto alfandegado sem que o seu despacho de importação seja iniciado no decurso dos prazos estabelecidos nos referidos artigos. Após o depósito das mercancias em seu recinto, a prestadora do serviço/autora deve observar rigorosamente o controle dos prazos de armazenamento e comunicar à Secretaria da Receita Federal as mercadorias que estiverem abandonadas por seu decurso e/ou apreendidas pelo fisco. Por tal atividade, a legislação aduaneira prevê o pagamento de despesas das referidas armazenagens.
7. Conforme se verifica do artigo 31 do Decreto-lei nº 1.455/76, após a devida comunicação, é responsabilidade da Secretaria da Receita Federal realizar o pagamento ao depositário da tarifa de armazenagem.
8. Assim, o equilíbrio econômico financeiro entre a permissionária e a administração fica resguardado, uma vez que a partir do depósito efetuado e com o vencimento do período de permanência da mercadoria estrangeira em recinto alfandegado, sem o respectivo despacho aduaneiro, surge a obrigação do pagamento da tarifa. O Decreto nº 6.759/2009, em seu artigo 647, explicitou a forma e o modo pelo qual esse pagamento deve se realizar.
9. As mercadorias tidas por abandonadas e/ou apreendidas, quando objeto da pena de perdimento, são vendidas em hasta pública, ou são destinadas à incorporação a órgãos da Administração Pública ou a entidades filantrópicas, científicas ou educacionais. Como os ingressos decorrentes de tais as alienações configurarão receita da União, na rubrica orçamentária do FUNDAF, o legislador determinou que as despesas de armazenagem fossem suportadas pela Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do próprio FUNDAF.
10. Tal determinação advém do fato de que não é permitido à permissionária tomar as mercadorias abandonadas para si, de modo a se ressarcir de tais despesas.
11. Portanto, a legislação aduaneira, ao tratar de mercadorias abandonadas pelo importador, previu o pagamento das despesas de armazenagem. Os referidos dispositivos impõem à Secretaria da Receita Federal o dever de efetuar-lo até a data em que ela retirar a mercadoria, com recursos do FUNDAF. Basta, para tanto, que o depositário comunique à Secretaria da Receita Federal, no prazo de 05 (cinco) dias a contar da configuração do abandono (90 dias, após a descarga da mercadoria, sem que tenha sido iniciado o despacho aduaneiro).
12. E é esse o caso dos autos, pois pretende a apelante, o ressarcimento dos valores dos custos operacionais envolvidos na prestação dos serviços de guarda e armazenagem, custos estes que devem ser suportados pela Administração Pública.
13. Ressalte-se que a armazenagem demanda custos de espaço ocupado, de guarnição e movimentação, além de medidas relativas à sua segurança.
14. Ainda, não há que se falar em exigência de prévia licitação para a "contratação do serviço de armazenagem", tendo em vista que a prestação do serviço decorre de imposição legal, de modo que é possível aplicar a ressalva prevista na primeira parte do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

15. Dessa forma, há de se concluir que a apelante, na condição de depositária das mercadorias abandonadas e/ou apreendidas e colocadas à disposição da União Federal, tem o direito de cobrar a tarifa de armazenagem correspondente.
16. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5025271-07.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUBOS EBRO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5025271-07.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUBOS EBRO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela União Federal em face de sentença que concedeu parcialmente a segurança para: a) reconhecer o direito da impetrante de não incluir o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS; b) assegurar o direito da parte autora de restituição ou compensação dos valores indevidamente pagos, respeitada a prescrição quinquenal. Consignou a douta julgadora que a correção monetária e os juros devem obedecer ao disposto no Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Não houve condenação em honorários advocatícios (ID 83754890, 83754899 e 83754906).

Em suas razões recursais, a União sustenta a necessidade de suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE 574.706. Defende a legalidade e constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Alega não ser possível a exclusão do ICMS destacado na nota de saída, devendo ser descontado o ICMS efetivamente recolhido. Subsidiariamente, afirma não ser possível o reconhecimento do direito à restituição pela via do *mandamus*, bem como que em relação à compensação deve ser aplicado o artigo 170-A, do CTN (ID 83754902)

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (ID 83754913).

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (ID 90596168).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5025271-07.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUBOS EBRO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: RODRIGO FREITAS DE NATALE - SP178344-A, PATRICIA MADRID BALDASSARE
FONSECA - SP227704-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, esclareço que o presente Mandado de Segurança tem por objetivo único a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a declaração de inexistência da relação jurídico tributária para o período de 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento do feito, não havendo pedido de compensação dos valores recolhidos indevidamente.

Assim, considerando que não houve postulação específica quanto à compensação, a sentença incorreu em julgamento *extra petita*.

Porém, no caso em tela, a despeito de apreciar questão estranha à demanda, ou seja, ao fixar o direito da impetrante de compensar os valores recolhidos indevidamente, a ilustre julgadora apreciou também a questão concernente ao objeto da presente demanda.

Desta forma, embora parte da sentença esteja maculada pelo vício de nulidade, juridicamente não se pode conceber, em evidente homenagem ao princípio da economia processual, que esta mácula ultrapasse os limites da parcela viciada e contamine toda a sentença, impondo desnecessários sacrifícios e prejuízos às partes.

Na doutrina, destaca-se o seguinte ensinamento:

“Ora, a sentença que aprecia mais de um pedido, seja caso de cumulação, de reconvenção, de oposição etc., é formalmente uma, mas materialmente dúplica e cindível. Portanto, se se decidiu “um” dos pedidos, e se “não se considerou o outro” (ou os outros), parece que estaremos, na verdade, em face de duas sentenças: uma delas não eivada do vício e a outra inexistente, fática e juridicamente.

...

Acreditamos, também, que, em certos casos, pode-se quando materialmente possível, reduzir a sentença aos limites correspondentes ao pedido, ainda quando se trate de sentença extra petita, desde que, além da decisão que desborda os limites do pedido, tenha o juiz decidido, também, o pedido, propriamente dito.

Esta redução pode dar-se de ofício, pois, ainda que este vício não tenha sido especificamente argüido na apelação, está na esfera do poder oficioso do Judiciário.”

(Teresa Arruda Alvim Wambier – Nulidades do Processo e da Sentença – 4ª edição – p. 244 – Ed. Revista dos Tribunais).

Assim, embora reconheça a nulidade existente, manifesto entendimento no sentido de simplesmente afastar as disposições da sentença que extrapolaram os limites do pedido, reformando-a neste aspecto.

- Do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins

Após longo período de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

Cumprindo transcrever a ementa do julgado em apreço, publicado em 02 de outubro de 2017:

"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 atender 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)

Assim, restou assentado o entendimento de que o valor ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Trata-se, aliás, de tese à qual eu me e que agora veio a ser pacificada pelo Pretório Excelso, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, o que impõe que as decisões doravante 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:

"Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;"

Com relação ao pleito de suspensão do feito até o trânsito em julgado do RE nº 574.706, cabe ponderar que a jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. Neste sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

2. A existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Dje 18.9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Rel Min. LUIZ FUX, DJe de 30.5.2016.

3. Agravo Interno da Fazenda Nacional desprovido." (sem grifos no original)

(AgInt no AREsp 282.685/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 27/02/2018)

Observo que esta Terceira Turma tem seguido o entendimento do STJ, posicionando-se no sentido de que "publicada a ata de julgamento e o próprio acórdão proferido no RE 574.706, deliberando pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, não se pode negar observância à interpretação da Corte Constitucional, independentemente da possibilidade de embargos de declaração e de eventual discussão sobre modulação dos efeitos respectivos, evento futuro e incerto que não impede a constatação da solução de mérito, firmada em sede de repercussão geral, com reconhecimento, pois, da amplitude intersubjetiva da controvérsia suscitada." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371049 - 0026479-19.2015.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018)

Portanto, são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

No mais, cumpre consignar que este Tribunal tem entendido que “a promulgação da Lei 12.973/2014 não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS” (TRF 3ª Região, Segunda Seção, EI – Embargos Infringentes - 1700170 - 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal Carlos Muta, julgado em 07/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 Data: 17/11/2017).

Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

Por fim, impende considerar que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

“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”.

De fato, se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, força convir que o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o ICMS cobrado na operação anterior.

Releva salientar que esta egrégia Turma já se manifestou sobre a referida controvérsia, como se denota do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. JULGAMENTO ADSTRITO AOS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL. REJEIÇÃO.

...

2. No caso dos autos, não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera irresignação da parte com a solução dada pela Turma, uma vez que o ICMS passível de exclusão é o incidente sobre a operação de venda, isto é, o que compõe o faturamento da empresa e não o ICMS a pagar (que corresponde à diferença entre o valor do ICMS devido sobre as operações de saída de mercadorias ou prestação de serviços e o valor do ICMS cobrado nas operações anteriores, pois o ICMS é tributo não cumulativo).

3. É certo que a questão foi devidamente enfrentada no RE nº 574.706, não havendo dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

...

(AC nº 0000468-31.2007.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, DJe 26/04/18)

Também nesta Corte, acerca da matéria, destaca-se o seguinte julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO ART. 1.022 CPC/2015. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

...

- Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

...

(ApReeNec nº 0000738-85.2017.4.03.6106, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, 4ª Turma, DJe 31/01/19)

Assim, entendo que o contribuinte pode abater da base de cálculo das referidas contribuições o valor do ICMS destacado nas notas fiscais representativas de suas vendas mercantis.

- Do dispositivo

Ante o exposto, RESTRINJO DE OFÍCIO a sentença aos limites do pedido, NEGOU PROVIMENTO à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA EXTRA PETITA. RESTRIÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

1. Embora parte da sentença esteja maculada pelo vício de nulidade, juridicamente não se pode conceber, em evidente homenagem ao princípio da economia processual, que esta mácula ultrapasse os limites da parcela viciada e contamine toda a sentença, impondo desnecessários sacrifícios e prejuízos às partes. Reconheço a nulidade existente para afastar as disposições da sentença que extrapolaram os limites do pedido, reformando-a neste aspecto.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.
6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.
7. Restrição de ofício da sentença aos limites do pedido. Apelação da União e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, RESTRINGIU DE OFÍCIO a sentença aos limites do pedido, NEGOU PROVIMENTO à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004038-36.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: EMPRESA JORNALISTICA E EDITORA REGIONAL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ELOISA CARNEIRO SOARES MEIRELES NETO - SP206691-A, EDUARDO SIMOES - SP153007-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004038-36.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: EMPRESA JORNALISTICA E EDITORA REGIONAL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ELOISA CARNEIRO SOARES MEIRELES NETO - SP206691-A, EDUARDO SIMOES - SP153007-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Empresa Jornalística e Editora Regional Ltda. em face de sentença que denegou a segurança, requerida para o fim de obter declaração judicial de nulidade do termo de arrolamento de bens e direitos decorrente do processo administrativo nº 10830.007523/2001-57. Não houve condenação em honorários advocatícios, tendo em vista o disposto no artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 (Id nº 81333355).

Alega a apelante que, de acordo com o artigo 1º do Decreto nº 7.573/2011, a autoridade fiscal procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido e cuja somatória também ultrapasse o montante de dois milhões de reais.

Sustenta que, ante o advento do Decreto nº 7.573/2011, não tem mais aplicabilidade a regra anterior do artigo 64, *caput* e §§ 7º e 10 da Lei nº 9.532/1997, que estabelecia esse limite no patamar de quinhentos mil reais. Em seu entender, caberia à autoridade fiscal cancelar automaticamente os arrolamentos de bens realizados contra os sujeitos passivos que possuem dívidas tributárias entre quinhentos mil e dois milhões de reais, por não mais existir previsão legal para sua manutenção.

Aduz que a manutenção do arrolamento efetuado viola, assim, o princípio da legalidade, bem como o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, previsto no artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional. Em paralelo, suscita também afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que sujeitos passivos em igual situação estariam sendo tratados de forma diferente (Id nº 81333364).

A União apresentou contrarrazões (Id nº 81333372).

Parecer do Ministério Público Federal pelo prosseguimento do feito (Id nº 90590470).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004038-36.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: EMPRESA JORNALISTICA E EDITORA REGIONAL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ELOISA CARNEIRO SOARES MEIRELES NETO - SP206691-A, EDUARDO SIMOES - SP153007-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O presente mandado de segurança foi impetrado com o intuito de obter provimento jurisdicional que determine o cancelamento do arrolamento de bens realizado no bojo do processo administrativo nº 10830.007523/2001-57, tendo em vista que os débitos tributários da impetrante não alcançam o patamar de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) estabelecido pelo Decreto nº 7.573/2011.

A autoridade fiscal procedeu ao arrolamento de bens e direitos da impetrante em novembro de 2001 com fundamento na IN RFB nº 26/2001, bem como no artigo 64, *caput* e § 7º, da Lei nº 9.532/1997, que possibilita a instauração desse procedimento sempre que o valor dos créditos tributários de responsabilidade do sujeito passivo for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido e, ao mesmo tempo, superar também o patamar de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais – Id nº 81333337, página 03).

Ocorre que, dez anos após a realização do arrolamento de bens, sobreveio o Decreto nº 7.573, de 29 de setembro de 2011, que estabeleceu que “*O limite de que trata o § 7º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)*”.

Entende a apelante que referida norma deve ser aplicada retroativamente, consoante as regras de retroatividade benéfica previstas no artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional, pois seus débitos tributários não alcançam o novo patamar previsto no Decreto nº 7.573/2011.

O pleito do contribuinte foi indeferido na esfera administrativa (Id nº 81333349, páginas 10/11).

De acordo com o Relatório consolidado emitido pela Receita Federal, os créditos tributários passíveis de arrolamento perfaziam em 26/03/2018 o montante de R\$ 1.543.438,64 (um milhão, quinhentos e quarenta e três mil, quatrocentos e trinta e oito reais e sessenta e quatro centavos – Id nº 81333339, página 04). Entretanto, em que pese o montante em apreço não alcance o patamar de dois milhões de reais a que se refere o Decreto nº 7.573/2011, entendo que o pleito da impetrante/apelante não comporta acolhimento.

O artigo 106, inciso II, do CTN, assim disciplina:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Nota-se, da transcrição supra, que referido dispositivo tem sua aplicabilidade restrita às seguintes situações: a) quando a lei suprime a natureza infracional de determinado ato ou fato (alínea “a”); b) nos casos em que deixa de considerá-lo antijurídico, desde que adimplido o tributo e não se trate de ato fraudulento (alínea “b”); c) nas situações em que há redução da penalidade fiscal (alínea “c”).

Desse modo, as regras de retroatividade benéfica veiculadas no inciso II do artigo 106 do CTN não se amoldam à presente hipótese, sobretudo porque o arrolamento de bens e direitos não ocorre em razão da prática de ato infracional, tampouco se caracteriza como uma espécie de sanção ou penalidade.

Assim, o novo limite trazido pelo Decreto nº 7.573, de 29 de setembro de 2011, deve ser observado nos arrolamentos realizados após o seu advento, não se mostrando adequada sua aplicação nos procedimentos promovidos sob a vigência da Lei nº 9.532/1997, como ocorre na presente hipótese.

Nesse sentido, destaco precedente desta Terceira Turma:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARROLAMENTO DE BENS. LEI 9.532/1997. ALTERAÇÃO DE VALORES - DECRETO Nº 7.573/2011. INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.206/2011. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. No caso dos autos, restou comprovado que, quando da lavratura do Termo de Arrolamento, em 22/09/2006 (fl. 103), o valor do débito exigido em face do Impetrante era de R\$ 897.739,25 (fl. 29), ou seja, anterior à alteração introduzida pelo artigo 1º do Decreto nº 7.573/2011.

2. Assim, o § 7º do artigo 64 da Lei nº 9.532/1997 previa a exigência de crédito tributário superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para a lavratura de termo de arrolamento, pelo que o arrolamento administrativo promovido deve ser mantido, na medida em que o Decreto nº 7.573/2011 que alterou o limite previsto no referido §7º, para R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), somente deverá ser aplicada aos arrolamentos efetuados a partir de 30.09.2011, nos termos da IN RFB nº 1.206/2011, que altera a IN RFB nº 1.171/2011.

3. Apelação não provida.” (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 370967 - 0001871-24.2015.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 07/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018)

Anoto também que não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade, pois o arrolamento, no caso concreto, foi realizado de acordo com a norma vigente à época. Inexiste, outrossim, violação ao princípio da isonomia, pois o novo limite há de ser observado em todas as situações a partir do início da vigência da disposição normativa superveniente.

Portanto, os arrolamentos realizados antes do advento do Decreto nº 7.573/2011 devem se manter adstritos ao patamar previsto no artigo 64, § 7º, da Lei nº 9.532/1997, inclusive porque a norma de hierarquia inferior (decreto) não implica revogação da disposição de lei ordinária.

Há que se ponderar, ademais, que o arrolamento em apreço não despoja o contribuinte de seus bens, constituindo apenas uma medida de natureza cautelar proporcionada à União diante de situação em que há fundado risco de inadimplemento de créditos fiscais de vultosa quantia. Sendo mera medida acautelatória, não impede, como observado na sentença, que o proprietário transfira, aliene ou onere seus bens, requerendo apenas prévia comunicação ao órgão fazendário, conforme previsto no § 3º do artigo 64 da Lei nº 9.532/1997.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. LIMITE MONETÁRIO ESTABELECIDO NO ARTIGO 64, § 7º, DA LEI Nº 9.532/1997 – OBSERVÂNCIA. DECRETO Nº 7.573/2011. ESTABELECIMENTO DE NOVO PATAMAR. APLICAÇÃO RETROATIVA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 106, INCISO II, DO CTN – INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Mandado de segurança impetrado com o intuito de obter provimento jurisdicional que determine o cancelamento do arrolamento de bens realizado no bojo do processo administrativo nº 10830.007523/2001-57, tendo em vista que os débitos tributários da impetrante não alcançam o patamar de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) estabelecido pelo Decreto nº 7.573/2011.

2. A autoridade fiscal procedeu ao arrolamento de bens e direitos da impetrante em novembro de 2001 com fundamento na IN RFB nº 26/2001, bem como no artigo 64, *caput* e § 7º, da Lei nº 9.532/1997, que possibilita a instauração desse procedimento sempre que o valor dos créditos tributários de responsabilidade do sujeito passivo for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido e, ao mesmo tempo, superar também o patamar de R\$ 500.000,00.

3. Dez anos após o arrolamento de bens, sobreveio o Decreto nº 7.573, de 29 de setembro de 2011, que estabeleceu que o limite de que trata o § 7º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

4. O artigo 106, inciso II, do CTN tem sua aplicabilidade restrita às seguintes situações: a) quando a lei suprime a natureza infracional de determinado ato ou fato (alínea “a”); b) nos casos em que deixa de considerá-lo antijurídico, desde que adimplido o tributo e não se trate de ato fraudulento (alínea “b”); c) nas situações em que há redução da penalidade fiscal (alínea “c”).

5. As regras de retroatividade benéfica veiculadas no inciso II do artigo 106 do CTN não se amoldam à presente hipótese, sobretudo porque o arrolamento de bens e direitos não ocorre em razão da prática de ato infracional, tampouco se caracteriza como uma espécie de sanção ou penalidade.

6. O novo limite trazido pelo Decreto nº 7.573, de 29 de setembro de 2011, deve ser observado nos arrolamentos realizados após o seu advento, não se mostrando adequada sua aplicação nos procedimentos promovidos sob a vigência da Lei nº 9.532/1997, como ocorre na presente hipótese. Precedente da Terceira Turma.

7. Não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade, pois o arrolamento, no caso concreto, foi realizado de acordo com a norma vigente à época. Inexiste também violação ao princípio da isonomia, pois o novo limite há de ser observado em todas as situações a partir do início da vigência da disposição normativa superveniente.

8. Os arrolamentos realizados antes do advento do Decreto nº 7.573/2011 devem se manter adstritos ao patamar previsto no artigo 64, § 7º, da Lei nº 9.532/1997, inclusive porque a norma de hierarquia inferior (decreto) não implica revogação da disposição de lei ordinária.

9. O arrolamento em apreço não despoja o contribuinte de seus bens, constituindo apenas uma medida de natureza cautelar proporcionada à União diante de situação em que há fundado risco de inadimplemento de créditos fiscais de vultosa quantia. Sendo mera medida acautelatória, não impede que o proprietário transfira, aliene ou onere seus bens, requerendo apenas prévia comunicação ao órgão fazendário, conforme previsto no § 3º do artigo 64 da Lei nº 9.532/1997.

10. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0005868-89.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GREYCE CARLA SANTANA CARRIJO - SP237091

APELADO: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: GREYCE CARLA SANTANA CARRIJO - SP237091

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0005868-89.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GREYCE CARLA SANTANA CARRIJO - SP237091

APELADO: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: GREYCE CARLA SANTANA CARRIJO - SP237091

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e reexame necessário em ação declaratória c/c repetição de indébito com pedido de tutela antecipada ajuizada pela **Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô** em face da **União** requerendo, em suma: i) a declaração de que goza de imunidade tributária recíproca; ii) a condenação da ré a restituir-lhe ou a admitir a compensação das quantias pagas indevidamente a título de Imposto de Importação (II) e de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) nos últimos cinco anos.

A sentença foi de procedência, declarando a imunidade recíproca e condenando a União a restituir ou admitir a compensação dos valores recolhidos a título de imposto de importação e de imposto sobre produtos industrializados nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento, bem como condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô interpôs apelação, requerendo a majoração da verba honorária.

A União, por sua vez, apelou requerendo:

a) a reforma da sentença, sob a alegação de que a imunidade tributária recíproca abrange apenas impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços, dentre os quais não se enquadram o imposto de importação (II) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI);

b) a imunidade recíproca visa a garantir o equilíbrio e a igualdade entre os entes federados, sendo decorrência da isonomia dos entes constitucionais;

c) a apelada, porém, é sociedade de economia mista com personalidade jurídica de direito privado, e a ela não se aplica a regra do artigo 150, §2º, da Constituição Federal, que estabelece que a imunidade é extensível às autarquias e fundações públicas;

d) o serviço prestado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô é remunerado mediante o pagamento de tarifa pelo usuário, enquadrando-se na hipótese de exclusão da imunidade recíproca prevista no parágrafo 3º do artigo 150 da Constituição Federal;

e) subsidiariamente, os honorários advocatícios arbitrados devem ser minorados, pois quem arca com seu pagamento é a própria coletividade.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0005868-89.2008.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GREYCE CARLA SANTANA CARRIJO - SP237091

APELADO: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: GREYCE CARLA SANTANA CARRIJO - SP237091

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a autora obter: i) a declaração de que goza de imunidade tributária recíproca; ii) a condenação da ré a restituir-lhe ou a admitir a compensação das quantias pagas indevidamente a título de Imposto de Importação (II) e de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) nos últimos cinco anos.

De fato, a imunidade recíproca está prevista no artigo 150, VI, "a" e §2º da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

[...]

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes." (grifei)

A Constituição Federal, portanto, retirou da competência dos entes tributantes a criação de impostos sobre renda, patrimônio e serviços uns dos outros. Estendeu, ainda, a imunidade às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Tal dispositivo visa proteger o federalismo, valor essencial erigido pela nossa Constituição Federal, mormente porque está insculpido no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal como cláusula pétreia.

Apesar de estar disposta literalmente a extensão da imunidade recíproca apenas às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, a doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem que essa imunidade também é aplicável às sociedades de economia mista.

Os requisitos para que se estenda a imunidade recíproca às sociedades de economia mista, no entanto, são os seguintes: i) sua atuação não deve ter fins lucrativos e não pode oferecer risco à livre concorrência; ii) o serviço público por ela prestado deve ser essencial e exclusivo do Estado; iii) não pode haver contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

No caso em comento, o Metrô é uma sociedade de economia mista constituída não apenas com a finalidade de explorar a prestação sem fins lucrativos de serviço público exclusivo do Estado, como também as seguintes atividades (v. Estatuto Social - f. 13 – ID 90093881):

“a) planejamento, projeto, construção, implantação, operação e manutenção de sistemas de transportes públicos metroviário, ferroviário e sobre pneus, na Região Metropolitana de São Paulo;

b) execução das obras e dos serviços complementares ou correlatos, necessários à integração do sistema de transporte de passageiros ao complexo urbanístico da cidade;

c) construção e operação de terminais de passageiros; a implantação e operação de estacionamentos;

d) construção e comercialização, direta e indireta, admitida a coparticipação da iniciativa privada, de prédios residenciais e ou comerciais, bem como projetar, executar, administrar, direta, ou indiretamente, outra qualquer obra de interesse público e da companhia;

e) comercialização de marca, patente, nome e insígnia; comercialização de áreas e espaços para propaganda; prestação de serviços complementares de suporte ao usuário, por si ou através de permissionários, com ou sem cessão de uso predial;

f) comercialização de tecnologia, direta, indireta, em sociedade ou consórcios; bem como a prestação de serviços de consultoria, apoio técnico e prestação de serviços na operação e na manutenção de equipamentos; construção e implantação de sistemas de transporte e de terminais de passageiros, no país e no exterior;

g) edição, vedada a impressão, de jornais, revistas e outras publicações de cunho técnico e comercial, permitida a propaganda;

h) participação, majoritária, ou não, no capital de outras empresas, qualquer que seja a finalidade e natureza jurídica, desde que prévia e expressamente aprovada pelo CODEC - Conselho de Defesa dos Capitais do Estado.”

Demais disso, cumpre ressaltar que algumas de suas linhas foram objeto de concessão e são operadas exclusivamente por empresas privadas.

A par disso, convém mencionar que os artigos 33 e 34 do estatuto social admitem a distribuição de dividendos, e que há pagamento de tarifas pelos usuários.

Resta claro, em suma, que o Metrô também exerce atividades com finalidade lucrativa, o que inviabiliza a aplicação da imunidade tributária recíproca.

Por via de consequência, atividades de exploração econômica destinadas a aumentar o patrimônio da sociedade devem ser tributadas, de modo a assegurar que não haja violação aos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita.

Esses requisitos foram firmados pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento do RE 253.472. Veja-se:

"**TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante. 2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que "cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado". Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento." (RE 253472, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-04 PP-00803 RTJ VOL-00219-01 PP-00558) (grifei)**

No mesmo sentido:

"**Agravos regimentais em ação cível originária. Imunidade tributária recíproca. Artigo 150, VI, a, da CF/88. Possibilidade de reconhecimento a sociedade de economia mista, atendidos os pressupostos fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Competência para apreciação da causa. Artigo 102, I, f, da CF/88. Interpretação restritiva. Exclusão de município do polo passivo. Direito a repetição do indébito e ao reenquadramento do sistema de PIS/COFINS. Matérias de ordem infraconstitucional inaptas a abalar o pacto federativo. Agravos regimentais não providos. 1. Nos autos do RE nº 253.472/SP, esta Corte firmou o entendimento de que é possível a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mistas prestadoras de serviço público, desde que observados os seguintes parâmetros: (i) a imunidade tributária recíproca, quando reconhecida, se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado; (ii) atividades de exploração econômica destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares devem ser submetidas à tributação, por se apresentarem como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. 2. (...) . 3. Em face da literalidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Carta Maior, não compete a esta Corte, em sede originária, processar e julgar causas na qual antagonizem sociedade de economia mista estadual e município, ainda que se trate de demanda versante sobre imunidade tributária recíproca em cujo polo passivo se situe também a União. 4. Questões referentes à repetição do indébito tributário e à mudança no regime de recolhimento do PIS e COFINS não guardam feição constitucional e não são aptas a atrair a competência do STF, ante a ausência de potencial para abalar o pacto federativo. 5. Agravos regimentais não providos."(ACO 2243 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25-05-2016 PUBLIC 27-05-2016) (grifei)**

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal, em julgado relativo à inaplicabilidade de imunidade tributária recíproca à empresa pública RFFSA:

*“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEL DA EXTINTA RFFSA. SUCESSÃO PELA UNIÃO. IMUNIDADE RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE. RE 943.885. 1. Apelação interposta em sede de Execução Fiscal pela Prefeitura Municipal de Catanduva/SP, intentando cobrar tributos incidentes sobre imóvel da extinta RFFSA, sucedida pela União Federal. Tratando-se de sucessão por força de lei, inequívoco o sucessor - no caso, a União Federal, que integrou a relação processual sem sofrer quaisquer prejuízos ao exercício da ampla defesa. Precedentes. 2. Oportuno rememorar que a Ferrovia Paulista S.A. - FEPASA foi incorporada à Rede Ferroviária Federal - RFFSA por força do Decreto 2.502/98. Por sua vez, o processo de liquidação da RFFSA foi encerrado por determinação da Lei 11.483/07, que também dispôs a respeito de sua sucessão. 3. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento, por ocasião do julgamento do RE 599.176/PR, de que "a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos ocorridos antes da sucessão (aplicação retroativa da imunidade tributária)". 4. O STF reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão referente à incidência de imunidade tributária recíproca relativamente à Rede Ferroviária Federal - RFFSA, tratando-se de matéria infraconstitucional. 5. O art. 21, XII, "d", da Constituição Federal determina que os serviços de transporte ferroviário que transponham os limites de Estado competem à União. Por sua vez, o art. 150, VI, "a", §§2º e 3º da CF vedam a instituição da espécie tributária "imposto" entre entes federativos, vedação extensiva às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. 6. **A RFFSA era uma sociedade por ações, de economia mista, cuja própria lei que a instituiu previa inclusive a distribuição de dividendos, nos termos do art. 1º e art. 4º, §4º, da Lei 3.115/57; ora, tal natureza enquadra-se na vedação imposta pelo art. 173, §2º, da CF, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.** 7. O art. 10 da Lei 7.783/89, que entre outras disposições define quais são as atividades essenciais, elenca diversos serviços, dentre os quais não consta o transporte ferroviário, interestadual ou não. 8. Por ocasião do julgamento ocorrido em 13.02.2008 da ADIn 3.089-2/DF, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no tocante à constitucionalidade de cobrança de impostos de particulares que, mediante remuneração, prestem serviços públicos ainda que por meio de concessão. 9. **Não há espaço para equiparação da situação da RFFSA, para efeito de imunidade tributária, com a de outras empresas públicas, as quais, até hoje, desempenham serviços públicos em regime de monopólio, como ECT e INFRAERO.** 10. O legislador não apenas entendeu que deviam ser transferidas à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público como taxativamente nomeou a RFFSA entre as empresas por privatizar; conforme consta do Decreto 473/92 e da Lei 8.031/90. Dito isso, volto a observar que a exploração dos serviços de telecomunicações ou de radiodifusão também competem à União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, sem que se cogite estender às empresas privadas exploradoras de tais serviços o privilégio da imunidade tributária, conforme previsão do art. 173, §2º, da CF. 11. **O STF reconheceu a inexistência de repercussão geral referente à incidência de imunidade tributária recíproca relativamente à RFFSA, tratando-se de matéria infraconstitucional, de forma a não mais se aplicarem ao tema seus julgados; a imunidade tributária não se aplica aos serviços prestados mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, conforme prevê a CF; o transporte ferroviário não é considerado atividade essencial; o transporte ferroviário, conforme a CF, compete à União tanto quanto os serviços de telecomunicações ou radiodifusão; a prestadora de serviço ferroviário, a RFFSA, era sociedade de economia mista, prevendo inclusive a distribuição de dividendos; as sociedades de economia mista não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Concluo, portanto, pela legitimidade da cobrança de débitos relativos à incidência de IPTU sobre de bens da extinta Rede Ferroviária Federal quando o fato gerador tenha ocorrido antes da sucessão pela União, o que se deu em 22.01.2007.** 12. No caso em tela, a cobrança de IPTU pela Prefeitura Municipal de Catanduva/SP em relação ao exercício de 2007 se deu com base no previsto pela Lei Complementar Municipal 98/1998 - o Código Tributário Municipal então vigente, prevendo seu art. 101 que "Os impostos são de lançamento anual, respeitada a situação do imóvel no início do exercício a que se referir a tributação", de maneira que o fato gerador se dá no dia 1º de janeiro de cada ano. **Desse modo, devido o tributo relativo ao exercício de 2007, haja vista seu fato gerador ocorrer antes da sucessão, em 22.01.2007.** 13. **Não merece prosperar o inconformismo da União Federal quanto aos honorários advocatícios, uma vez que o percentual mínimo previsto pelo art. 85, §3º, I, do CPC/2015, é de 10%, conforme arbitrado pelo Juízo de origem.** 14. **Apelo improvido.**" (TRF3, proc. 0001229-36.2016.4.03.6136, Rel. para acórdão Desembargador Federal André Nabarrete, 4ª Turma, DJe 11/09/2019) (grifei)*

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. RFFSA. SUCESSÃO DA UNIÃO FEDERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. INAPLICABILIDADE.

1. A questão posta nos autos diz respeito à imunidade tributária recíproca da União Federal, enquanto sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA, em relação à cobrança de IPTU dos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

2. Cumpre ressaltar que a Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA foi extinta por força da Medida Provisória n.º 353/2007, a qual determinou sua sucessão pela União Federal em direitos, obrigações e ações judiciais.

3. A imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a") de que goza a União não afasta a sua responsabilidade tributária por sucessão (CTN, artigo 130), na hipótese em que o sujeito passivo, à época dos fatos geradores, era contribuinte regular do tributo devido.

4. Inicialmente, cabe admitir que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 599.176/PR, Tema n.º 224, ao tratar do afastamento da extensão da imunidade tributária recíproca, não decidiu, especificamente, a questão da imunidade pela natureza dos serviços prestados pela extinta RFFSA, de modo, que diante do questionamento, cabível o exame da questão juris ensejadora, per se, da alegação de que a RFFSA presta serviço público que afastaria a incidência do IPTU.

5. Nesse contexto, cabe analisar se RFFSA, sociedade de economia mista federal, ostentava a condição de imune à época dos fatos geradores, na forma do artigo 150, VI, a, c/c §§ 2º e 3º, da CF/88, matéria esta que, não foi objeto explícito de discussão no Supremo Tribunal Federal, não tendo sido, assim, abrangida pela eficácia do julgamento produzido sob o sítio da repercussão geral. Todavia, **no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, embora não se encontrem abrangidas pela literalidade do texto, pode-se extrair da jurisprudência do STF a orientação no sentido de que também fazem jus à imunidade traçada pela norma constitucional em razão da natureza do serviço por elas executado, quanto aos critérios previstos no artigo 150, VI, "a", e § 2º, da CF/88, desde que o serviço seja: (i) de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado; (ii) de natureza essencial, sem caráter lucrativo; (iii) em regime de monopólio.**

6. **Observa-se que nenhuma destas características se verificava em relação aos serviços prestados pela extinta RFFSA à época dos fatos geradores.** Com efeito, desde a edição do Decreto n.º 473, de 10 de março de 1992, que incluiu a Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA no Plano Nacional de Desestatização - PND, instituído pela Lei n.º 8.031/1990, as atividades de prestação dos serviços de transporte ferroviário, previstas no artigo 21, XII, "d", da CF/88, passaram a se dar de forma descentralizada, com a transferência ao setor privado, mediante leilão, da concessão de serviços de transporte ferroviário. Logo por ocasião dos fatos geradores resta claro, por previsão legal, que tal atividade não configurava prestação de serviço público de natureza essencial, em regime de exclusividade ou de monopólio, ou prestado sem intento de lucro, para efeito de imunidade tributária recíproca, indicando que a sociedade de economia mista não era responsável pela prestação de serviço público de natureza exclusiva, essencial ou em regime de monopólio.

7. **A opção do legislador pela exploração indireta, por meio de concessão, nos termos do artigo 21, XII, d, da Constituição Federal, tornou incompatível a alegação de que haveria serviço público essencial, explorado em regime de exclusividade ou monopólio, e sem intuito de lucro, como tem sido, a propósito, reconhecido pela jurisprudência regional.**

8. Assim, de acordo com os parâmetros fornecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se poderia estender a norma que prevê a imunidade tributária recíproca à RFFSA (artigo 150, VI, a, e § 2º, da CF/1988).

9. Agravo desprovido." (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003183-73.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 01/12/2017, Intimação via sistema DATA: 18/12/2017) (grifei)

Por conseguinte, a sentença deve ser reformada, para que se determine que o II e o IPI incidem normalmente sobre o patrimônio, a renda ou os serviços prestados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô.

Por fim, no que tange à sucumbência, nos termos do artigo 21, parágrafo único, e do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso, inverte o ônus e, com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Ante o exposto, **dou provimento à apelação da União e à remessa necessária e nego provimento à apelação da autora.**

É como voto.

BEHELENA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO (METRÔ). SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, "A", CF/88. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVERSÃO DO ÔNUS. APELAÇÃO DA UNIÃO E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDAS. APELAÇÃO DA AUTORA NÃO PROVIDA.

1. A CF/88 (art. 150, VI, "a" e §2º) retirou da competência dos entes tributantes a criação de impostos sobre renda, patrimônio e serviços uns dos outros; estendeu, ainda, a imunidade às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

2. A doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem que essa imunidade também é aplicável às sociedades de economia mista, desde que preenchidos os seguintes requisitos: i) sua atuação não deve ter fins lucrativos e não pode oferecer risco à livre concorrência; ii) o serviço público por ela prestado deve ser essencial e exclusivo do Estado; iii) não pode haver contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

3. O Metrô também exerce atividades com finalidade lucrativa (ex.: locação de espaços físicos em seus imóveis, participação em empresas, distribuição de documentos, etc.), o que inviabiliza a aplicação da imunidade tributária recíproca, de modo a assegurar que não haja violação aos princípios da livre-concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita. RE 253.472 e Precedentes do STF e deste Tribunal.

4. No que tange à sucumbência, nos termos do art. 21, parágrafo único, e do art. 20, §§3º e 4º, do CPC/1973, aplicável ao caso, inverte o ônus e, com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$30.000,00 (trinta mil reais).

5. Apelação da União e remessa necessária providas e apelação da autora não provida.

BEHELENA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União e à remessa necessária e negou provimento à apelação da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001872-38.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

PARTE AUTORA: POLY BLOW INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIS FERNANDO MURATORI - SP149756-A, DANIELA LIMA DOS SANTOS SOUSA - SP332581-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001872-38.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

PARTE AUTORA: POLY BLOW INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: LUIS FERNANDO MURATORI - SP149756-A, DANIELA LIMA DOS SANTOS SOUSA - SP332581-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial, em mandado de segurança impetrado em 24/07/2017 com o objetivo de excluir o ICMS da base de cálculo da COFINS e PIS e requer o direito de compensação dos valores recolhidos indevidamente, de acordo com a legislação vigente, no período de 5 anos que antecederam a propositura da ação, com atualização monetária pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN.

A r. sentença concedeu a segurança, para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS bem como autorizou a compensação após o trânsito em julgado, dos valores recolhidos indevidamente, corrigidos exclusivamente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido, observando-se as regras legais e infralegais acerca da compensação, inclusive a vedação trazida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007, sem condenação em honorários advocatícios e submeteu a sentença ao reexame necessário (ID 1591803).

A Turma, na sessão de 04/07/2018, proferiu e proferiu acórdão com o seguinte teor:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

1. O STF pacificou a controvérsia, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), 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. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Ausência de juntada ao feito de documento hábil a comprovar a situação de credor, tais como um comprovante de arrecadação/pagamento (guia DARF). Impossibilidade de reconhecimento, nestes autos, do direito à compensação. Ressalva do entendimento pessoal da Relatora.

4. Remessa oficial parcialmente provida (ID 3478505)

Rejeitados embargos de declaração (ID 6518262) foi interposto recurso extraordinário e especial pela União Federal (ID 11110878 e 11110880) e recurso especial pela impetrante (ID 3684848).

A Vice-Presidência da Corte, examinando o recurso especial interposto pela impetrante, devolveu os autos à Turma julgadora, nos termos do artigo 1.040, II do Código de Processo Civil, para verificação da pertinência de se proceder ao juízo positivo de retratação, considerando o julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP (Tema 118), decididos sob a sistemática dos recursos repetitivos (ID 90211390).

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os recursos especiais referidos pela Vice-Presidência foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça em Sessão realizada na data de 13/02/2019 e publicados no DJe em 11/03/2019.

Ambos os julgados (afetados ao Tema Repetitivo nº 118) explicitam o mesmo entendimento. Suficiente, portanto, a transcrição da ementa de apenas um deles:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

De acordo com o quanto decidido pelo STJ, portanto, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Na presente hipótese, o acórdão recorrido pautou-se no entendimento de que a ausência de juntada ao feito de documento hábil a comprovar a situação de credor, tais como um comprovante de arrecadação/pagamento (guia DARF) resulta na impossibilidade de reconhecimento do direito à compensação (ID 3478505). Ao assim decidir, o julgado em apreço divergiu do entendimento manifestado pelo STJ nos recursos especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP (tema repetitivo nº 118), o que impõe a adequação do entendimento desta Terceira Turma ao posicionamento daquela Corte Superior.

O *mandamus* foi impetrado com intuito preventivo e declaratório, sendo instruído com documentos hábeis a demonstrar que a impetrante é contribuinte dos tributos em discussão e, portanto, potencialmente detentora da "posição de credor tributário", mencionada nos precedentes repetitivos acima referidos.

Assim, estando o acórdão anteriormente proferido em divergência com a orientação atual do Superior Tribunal de Justiça, cabe o reexame da causa, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, para reconhecer que os documentos colacionados ao feito são suficientes para o provimento judicial requerido nos autos e não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Outrossim, mantido o entendimento do julgamento do acórdão anteriormente realizado no tocante às demais questões, pois já foram analisadas e não são objeto do juízo de retratação.

- Da compensação (parâmetros a serem observados)

Ajuizada a presente ação em 24/07/2017 a compensação só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN, observada a prescrição quinquenal, na forma da LC 118/2005. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

Cabe acrescentar que a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007).

Sobre a matéria, destaco recente julgado desta Terceira Turma:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706. PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS E ISS. EXCLUSÃO. RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS. PARÂMETROS.

[...]

6. Na espécie, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 02/12/2016, a compensação deve observar o regime da lei vigente ao tempo da propositura da ação, aplicando-se a prescrição quinquenal, nos termos da LC 118/2005, e, quanto aos tributos compensáveis, o disposto nos artigos 74 da Lei 9.430/1996, 170-A do CTN, e 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, acrescido o principal da taxa SELIC, exclusivamente.

7. Cabe a reforma da sentença, exclusivamente, para que a compensação observe a regra do artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007.

8. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.”

(TRF 3ª Região, Terceira Turma, ApReeNec – Apelação/Remessa Necessária - 371511 - 0010227-66.2016.4.03.6144, Rel. Juíza Convocada Denise Avelar, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018)

Pertinente esclarecer que na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

Ante o exposto, na análise do juízo de retratação, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS 1.365.095/SP E 1.715.256/SP - TEMA 118. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

1. Devolução dos autos pela Vice-Presidência, nos termos do artigo 1.040, II do CPC, para verificação da pertinência de se proceder a eventual juízo de retratação, em razão do quanto decidido nos RESps nºs. 1365095/SP e 1715256/SP.

2. De acordo com o quanto decidido pelo STJ, portanto, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

3. Caso em que o acórdão recorrido pautara-se no entendimento de que a ausência de juntada ao feito de documento hábil a comprovar a situação de credor, tais como um comprovante de arrecadação/pagamento (guia DARF) resulta na impossibilidade de reconhecimento do direito à compensação. Ao assim decidir, o julgado em apreço divergiu do entendimento manifestado pelo STJ nos recursos especiais n^{os} 1.365.095/SP e 1.715.256/SP (tema repetitivo n^o 118), o que impõe a adequação do entendimento desta Terceira Turma ao posicionamento daquela Corte Superior:

4. O mandamus foi impetrado com intuito preventivo e declaratório, sendo instruído com documentos hábeis a demonstrar que a impetrante é contribuinte dos tributos em discussão e, portanto, potencialmente detentora da "posição de credor tributário", mencionada nos precedentes repetitivos acima referidos.

5. Estando o acórdão anteriormente proferido em divergência com a orientação atual do Superior Tribunal de Justiça, cabe o reexame da causa, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, para reconhecer que os documentos colacionados ao feito são suficientes para o provimento judicial requerido nos autos e não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada de todas as guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

6. Outrossim, mantido o entendimento do julgamento do acórdão anteriormente realizado no tocante às demais questões, pois já foram analisadas e não são objeto do juízo de retratação.

7. Ajuizada a presente ação em 24/07/2017 a compensação só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN, observada a prescrição quinquenal, na forma da LC 118/2005. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4^o, da Lei n^o 9.250/1995.

8. A compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei n^o 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n^o 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei n^o 11.457/2007).

9. Em juízo de retratação, remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, em análise do juízo de retratação, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N^o 5017130-29.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
AGRAVANTE: JOELCY TINOCO
Advogado do(a) AGRAVANTE: RONEI ROSA DA CRUZ - MS13934
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
AGRAVANTE: JOELCY TINOCO
Advogado do(a) AGRAVANTE: RONEI ROSA DA CRUZ - MS13934
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOELCY TINOCO contra r. decisão que, em sede de execução fiscal, após efetivado bloqueio eletrônico em suas contas bancárias, manteve bloqueados 30% (trinta por cento) dos valores existentes.

Alega a agravante, em síntese, que os valores bloqueados referem-se a proventos de aposentadoria e de salário, sendo, portanto, impenhoráveis integralmente, nos termos do artigo 833, IV, do Código de Processo Civil. Argumenta que, embora a exequente tenha expressado concordância com o desbloqueio total dos valores, o Juízo *a quo* determinou a liberação de 70% do montante, incorrendo em ilegalidade. Pleiteia o provimento do agravo para que seja determinada a liberação do valor remanescente.

A União (Fazenda Nacional) apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017130-29.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
AGRAVANTE: JOELCY TINOCO
Advogado do(a) AGRAVANTE: RONEI ROSA DA CRUZ - MS13934
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em execução fiscal, na qual se manteve bloqueado o valor de R\$ 1.325,57 (um mil, trezentos e vinte e cinco reais e cinquenta e sete centavos), encontrados em contas bancárias de titularidade da executada.

Entendeu o d. magistrado pela manutenção do bloqueio sobre 30% (trinta por cento) do total construído, sob o fundamento de que, em garantia da efetividade da execução, é possível a relativização da norma protetiva da impenhorabilidade.

No caso concreto, é incontroverso o fato de que os valores encontrados nas contas bancárias são de natureza remuneratória (salário e aposentadoria).

O artigo 833 do Código de Processo Civil discorre a relação dos bens absolutamente impenhoráveis:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

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;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a impenhorabilidade prevista no inciso X do artigo 833 do CPC deve ser extensiva a todo tipo de conta bancária, seja ela conta corrente, conta poupança, fundo de investimento ou até mesmo dinheiro em espécie, ressalvada apenas quando comprovada má-fé, fraude ou abuso de direito por parte do executado.

Nesse sentido, confriram-se os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, IV e X, DO CPC. FUNDO DE INVESTIMENTO. POUPANÇA. LIMITAÇÃO. QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Precedente.

2. O valor obtido a título de indenização trabalhista, após longo período depositado em fundo de investimento, perde a característica de verba salarial impenhorável (inciso IV do art. 649). **Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel-moeda; em conta-corrente; aplicada em caderneta de poupança propriamente dita ou em fundo de investimentos, e ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da situação concreta em julgamento (inciso X do art. 649).**

3. Recurso especial parcialmente provido. – g.m.

(REsp n. 1.230.060/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 29/8/2014)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CABIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECADÊNCIA. ATO JUDICIAL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO INTERESSADO. VALOR EM CONTA CORRENTE. LIMITE. 40 “SALÁRIOS MÍNIMOS. POUPANÇA. DIGNIDADE. SUSTENTO. IMPENHORABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cinge-se a controvérsia a determinar se é cabível o mandado de segurança contra ato judicial, se é lícita a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada e se é possível a penhora de numerário existente em conta corrente, inferior a 40 (quarenta) salários mínimos e relacionado ao recebimento de proventos de aposentadoria.

2. A impugnação de ato judicial, pela via do mandado de segurança, somente é admissível se o impetrante comprovar sua teratologia ou flagrante ilegalidade, ou, ainda, a ocorrência de abuso de poder pela autoridade que proferiu a decisão.

3. Na espécie, a impetrante, que é sócia da empresa devedora, tem 82 (oitenta e dois) anos de idade, seu sustento é assegurado por proventos de aposentadoria e teve penhoradas as quantias depositadas em sua conta-corrente em virtude de desconsideração da personalidade jurídica da executada. Assim, a penhora representa aparente contrariedade à expressa previsão do art. 649, X, do CPC/73, que versa sobre a dignidade da subsistência do executado. Essas circunstâncias justificam, na hipótese concreta, o abrandamento da regra restritiva ao cabimento do mandado de segurança.

4. Exceto se comprovada a ocorrência de abuso, má-fé ou fraude e ainda que os valores constantes em conta corrente percam a natureza salarial após o recebimento do salário ou vencimento seguinte, a quantia poupada pelo devedor, no patamar de até 40 (quarenta) salários mínimos, é impenhorável.

5. Referidos valores podem estar depositados em cadernetas de poupança, contas-correntes, fundos de investimento ou até em espécie, mantendo, em qualquer desses casos, a característica da impenhorabilidade.

6. Recurso ordinário parcialmente provido. Ordem concedida em parte. – g.m.

(RMS n. 52.238/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 8/2/2017)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO FINANCEIRA. IMPENHORABILIDADE DO LIMITE PREVISTO NO ART. 649, X, DO CPC. AFASTAMENTO DA CONSTRUÇÃO EM RELAÇÃO AO LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Segundo a jurisprudência pacificada deste STJ "é possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda." (REsp 1.340.120/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014).

3. Agravo regimental não provido. – g.m.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA. BACENJUD. ARTIGO 535 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE VÍCIO. PENHORA SOBRE OS ATIVOS FINANCEIROS DO DEVEDOR DEPOSITADOS EM CONTA DESTINADA AO RECEBIMENTO DE VERBAS SALARIAIS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE SE HARMONIZA COMO ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. O acórdão recorrido manifestou-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente, de forma que não houve ofensa ao artigo 535 do CPC/1973.

2. **É inadmissível a penhora parcial de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor - Precedentes.**

3. Agravo não provido. – g.m.

(AgInt no AREsp 487.007/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Terceira Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO CIVIL. IMPENHORABILIDADE. CONTA POUPANÇA. EXTENSÃO A DEPÓSITOS EM CONTA-CORRENTE.

1. O instituto da impenhorabilidade, atualmente previsto no artigo 833, do Código de Processo Civil, visa garantir ao indivíduo, pessoa física, um mínimo existencial digno, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo, no caso do inciso X, o pequeno poupador.

2. A impenhorabilidade da conta poupança até o valor de 40 salários mínimos tem o objetivo de assegurar ao indivíduo um saldo de investimento mínimo decorrente de suas economias diárias que pode inclusive servir para cobrir eventuais gastos emergenciais não provisionados. Isto é, serve não só como uma poupança em si, mas também como uma segurança na hipótese de algum evento futuro e incerto.

3. **É firme a jurisprudência pátria no sentido de que a impenhorabilidade de valores de até 40 salários mínimos depositados em poupança se estende a depósitos em conta-corrente e aplicação financeira.**

4. Agravo provido. – g.m.

(TRF3, TERCEIRA TURMA, AI 0009649-08.2016.4.03.0000, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, julgado em 05/07/2017, e-DJF3 Judicial 1: 12/07/2017)

Pelas razões colocadas, nota-se que a decisão recorrida encontra-se em confronto com o entendimento que vem sendo adotado pelo Tribunal Superior e por esta Turma, de forma que há de ser desbloqueado também o valor em referência.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE VALORES. SALÁRIO E APOSENTADORIA. INFERIORES A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. ART. 833, IV E X, DO CPC. RECURSO PROVIDO.

1. Discute-se a penhorabilidade do valor de R\$ 1.325,57 (um mil, trezentos e vinte e cinco reais e cinquenta e sete centavos), equivalente a 30% (trinta por cento) do montante encontrado em contas bancárias de titularidade da executada.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a impenhorabilidade prevista no inciso X do artigo 833 do CPC deve ser extensiva a todo tipo de conta bancária, seja ela conta corrente, conta poupança, fundo de investimento ou até mesmo dinheiro em espécie, ressalvada apenas quando comprovada má-fé, fraude ou abuso de direito por parte do executado. Precedentes do STJ e desta Terceira Turma.

3. É incontroverso o fato de que os valores encontrados nas contas bancárias são de natureza remuneratória (salário e aposentadoria).

4. Decisão agravada em confronto com o entendimento que vem sendo adotado pelo Tribunal Superior e por esta Turma, motivo pelo qual deve ser reformada.

5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira 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 0001071-36.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: GILBERTO VIEIRA DE ANDRADE - SP58126-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001071-36.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: GILBERTO VIEIRA DE ANDRADE - SP58126-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedente o pleito formulado na ação declaratória ajuizada por **Localfrio S/A Armazéns Gerais Frigoríficos**, para declarar o reconhecimento do crédito no valor de R\$ 52.290,00 (cinquenta e dois mil, duzentos e noventa reais) referente aos serviços de armazenagem prestados pela permissionária concernente às Fichas de Mercadorias Abandonadas – FMA e Guias de Movimentações de Contêiner Importação - GMCI, respectivamente, **FMA n. 00006/2006**, de 12/01/2006 e GMCI n. 215848-5/2005, de 12/10/2005, n. 144332-0/2006, de 20/06/2006, n.272652-7/2006, de 12/11/2006; e **FMA n. 00092/2006**, de 17/08/2006 e GMCI n. 114059-3/2006, em 18/05/2006.

Narra na inicial que, na qualidade de empresa alfandegada, com instalação portuária de uso público, realiza movimentação e depósito de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, mantendo sob sua guarda as mercadorias declaradas abandonadas e apreendidas pelo Fisco até a data de suas destinações. Ocorre que a requerida recusou-se a efetuar o pagamento devido, sob o argumento de que não havia amparo legal, nem contrato ou licitação a justificar tal pleito.

O juiz *a quo* reconheceu o direito da autora, julgando procedente o pedido de condenação da União a realizar o pagamento das despesas com a taxa de armazenagem dos bens apreendidos e abandonados e colocados à disposição da apelante, mantidos sob depósito com a apelada, referente às **FMA 0006/2006 e 00092/2006**. Houve condenação da ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento), sobre o valor atribuído à causa, com fulcro no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Em suas razões, a União, preliminarmente, sustenta:

- a) a ilegitimidade passiva da União, mas legitimidade do importador, porquanto o serviço não foi prestado à União, mas ao abandonante da mercadoria;
- b) a ausência de documentos imprescindíveis à instrução da ação;
- c) indeterminação do valor da tarifa de armazenagem.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001071-36.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS.
Advogado do(a) APELADO: GILBERTO VIEIRA DE ANDRADE - SP58126-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da autora, ora apelada, quanto ao reconhecimento do crédito atinente à taxa de armazenagem de mercadorias abandonadas pelo importador e apreendidas pela Receita Federal do Brasil.

No que tange à preliminar de ausência de documentos imprescindíveis à instrução da ação, afasto tal alegação, mormente porque a petição inicial está instruída com os documentos essenciais à proposição da demanda, tanto que propiciaram o exercício do direito de defesa quanto ao mérito.

No que se refere à preliminar de ilegitimidade passiva da União e de legitimidade passiva do importador, no presente caso, a parte autora, ora apelada, postula a declaração de crédito referente à taxa de armazenagem de mercadorias abandonadas que já estavam à disposição da Receita Federal do Brasil, razão pela qual somente a União Federal deve permanecer como parte da relação processual.

Isso porque do momento do recebimento da mercadoria no recinto alfandegado até a declaração de seu abandono a responsabilidade é, de fato, do importador. No entanto, o que se discute no presente caso é o período posterior à declaração do perdimento até a sua destinação – momento em que a mercadoria passou aos cuidados da Receita Federal do Brasil, razão pela qual a despesa com armazenamento deverá ser arcada eventualmente pela União Federal.

A esse respeito, já decidiu essa E. Terceira Turma:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. COBRANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL PELO PAGAMENTO. EXIGÊNCIA EM CASO DE ABANDONO DA MERCADORIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. *A questão posta nos autos diz respeito a pedido de ressarcimento de valor gasto com armazenamento de mercadoria abandonada em instalação portuária de uso público.*

2. *Preliminarmente, não assiste razão à União Federal quando sustenta sua ilegitimidade passiva. Isso porque a sua legitimidade ad causam decorre de expressa previsão legal, conforme artigo 31 do Decreto-Lei 1.455/76 e artigo 647 do Decreto 6.759/2009, os quais dispõem que feita a comunicação dos bens abandonados dentro do prazo de cinco dias à Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabe a este órgão efetuar o pagamento, ao depositário, da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria.*

3. *No mérito propriamente dito, o crédito postulado é uma consequência natural do ônus do depósito, considerando a prestação do serviço, in casu, pelo armazenamento dos bens importados.*

4. *A remuneração é destinada à cobertura dos custos operacionais envolvidos na prestação dos serviços, diante das responsabilidades assumidas pela sua guarda e preservação, os quais não se relacionam aos óbices e ao procedimento de importação em que houve a retenção dos bens pelo Poder Público.*

5. *Com efeito, é evidente que, no momento em que ocorre o abandono das mercadorias pelo importador/exportador, a responsabilidade pelos bens passam a ser da União Federal, a quem cumpre dar o devido destino aos bens. Trata-se de contraprestação a ser desembolsada por aquele que contratou os serviços, in casu, pelo Poder Público detentor do bem abandonado.*

6. *Ademais, como já mencionado acima, o dever de indenizar o apelado, ao contrário do que alega a apelante, decorre de lei (artigo 31 do Decreto-Lei 1.455/76 e artigo 647 do Decreto 6.759/2009), e não de um contrato de concessão/permissão. Não resta dúvida que eventual irregularidade havida entre a importadora e o Fisco, que culminou com o abandono e perdimento da mercadoria, não pode ser alegado para a desoneração desse encargo, por ter a autora tomado todas as providências a seu cargo, conforme previsto no ordenamento aduaneiro.*

7. *Precedentes.*

8. *Por fim, observa-se que, não obstante a ré tenha questionado os valores cobrados, não impugnou o método de cálculo e nem sugeriu outro valor.*

9. *Apelação desprovida."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1882290 - 0024344-44.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 03/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017) – Destaqueei

Rejeito assimas preliminares arguidas.

Passo, então, a análise do mérito.

A apelada, permissionária de serviço público em instalação portuária de zona primária, realiza a movimentação e o depósito de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, nos termos do que dispõe o Regulamento Aduaneiro.

Assim, o armazenamento de mercadorias importadas é uma das atividades da autora, como permissionária. E, nessa qualidade, também possui a obrigação, determinada na legislação aduaneira, de comunicar à Secretaria da Receita Federal as ocorrências de mercadorias abandonadas por decurso de prazo e mantê-las sob sua guarda até a final destinação das mesmas.

Dessa forma, no caso de mercadorias apreendidas por desconformidade com aquilo que foi declarado na guia de importação deverá mantê-las sob sua custódia.

Considera-se mercadoria abandonada, nos termos dos artigos 642 e 644 do Decreto 6.759/09, os produtos que permanecerem em recinto alfandegado sem que o seu despacho de importação seja iniciado no decurso dos prazos estabelecidos nos referidos artigos. Após o depósito das mercancias em seu recinto, a prestadora do serviço/autora deve observar rigorosamente o controle dos prazos de armazenamento e comunicar à Secretaria da Receita Federal as mercadorias que estiverem abandonadas por seu decurso e/ou apreendidas pelo fisco. Por tal atividade, a legislação aduaneira prevê o pagamento de despesas das referidas armazenagens.

Conforme se verifica do artigo 31 do Decreto-lei nº 1.455/76, após a devida comunicação, é responsabilidade da Secretaria da Receita Federal realizar o pagamento ao depositário da tarifa de armazenagem:

Art. 31. Decorrido o prazo de que trata a letra "a" do inciso II do artigo 23, o depositário fará, em 5 (cinco) dias, comunicação ao órgão local da Secretaria da Receita Federal, relacionando as mercadorias e mencionando todos os elementos necessários à identificação dos volumes e do veículo transportador.

1º Feita a comunicação de que trata este artigo dentro do prazo previsto, a Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do FUNDAF, efetuará o pagamento ao depositário da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria.

2º Caso a comunicação estabelecida neste artigo não seja efetuada no prazo estipulado, somente será paga pela Secretaria da Receita Federal a armazenagem devida até o término do referido prazo, ainda que a mercadoria venha a ser posteriormente alienada.

Assim, o equilíbrio econômico financeiro entre a permissionária e a administração fica resguardado, uma vez que a partir do depósito efetuado e com o vencimento do período de permanência da mercadoria estrangeira em recinto alfandegado, sem o respectivo despacho aduaneiro, surge a obrigação do pagamento da tarifa. O Decreto nº 6.759/2009, em seu artigo 647, explicitou a forma e o modo pelo qual esse pagamento deve se realizar:

Art. 647 - Decorridos os prazos previstos nos arts. 642 e 644, sem que tenha sido iniciado o despacho de importação, o depositário fará, em cinco dias, comunicação à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o recinto alfandegado, relacionando as mercadorias e mencionando todos os elementos necessários à identificação dos volumes e do veículo transportador. (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art.31, caput).

§1º - Feita a comunicação dentro do prazo previsto, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, com os recursos provenientes do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, efetuará o pagamento, ao depositário, da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria (Decreto-lei nº 1.455, de 1976, art.31, §1º).

§2º - Caso a comunicação não seja efetuada no prazo estipulado, somente será paga pela Secretaria da Receita Federal do Brasil a armazenagem devida até o término do referido prazo, ainda que a mercadoria venha a ser posteriormente alienada (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art.31, §2º).

As mercadorias tidas por abandonadas e/ou apreendidas, quando objeto da pena de perdimento, são vendidas em hasta pública, ou são destinadas à incorporação a órgãos da Administração Pública ou a entidades filantrópicas, científicas ou educacionais. Como os ingressos decorrentes de tais alienações configurarão receita da União, na rubrica orçamentária do FUNDAF, o legislador determinou que as despesas de armazenagem fossem suportadas pela Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do próprio FUNDAF.

Tal determinação advém do fato de que não é permitido à permissionária tomar as mercadorias abandonadas para si, de modo a se ressarcir de tais despesas.

Portanto, a legislação aduaneira, ao tratar de mercadorias abandonadas pelo importador, previu o pagamento das despesas de armazenagem. Os referidos dispositivos impõem à Secretaria da Receita Federal o dever de efetuar-lo até a data em que ela retirar a mercadoria, com recursos do FUNDAF. Basta, para tanto, que o depositário comunique à Secretaria da Receita Federal, no prazo de 05 (cinco) dias a contar da configuração do abandono (90 dias, após a descarga da mercadoria, sem que tenha sido iniciado o despacho aduaneiro).

E é esse o caso dos autos, pois pretende a autora, ora apelada, o ressarcimento dos valores dos custos operacionais envolvidos na prestação dos serviços de guarda e armazenagem, custos estes que devem ser suportados pela Administração Pública.

Ressalte-se que a armazenagem demanda custos de espaço ocupado, de guarnição e movimentação, além de medidas relativas à sua segurança.

In casu, a apelante está sendo cobrada acerca de valores devidos por força de armazenamento de mercadoria abandonada (FMA nºs 00006/2006 e 00092/2006). (f. 15 e f. 20).

Comprovou a apelada que notificou tempestivamente a Secretaria da Receita Federal acerca do abandono com o protocolo da FMA 0006/2006 em 12/01/2006 e da FMA 00092/2006 em 18/08/2006 (f. 22).

Destarte, a União deve arcar com a tarifa até a data da retirada do recinto alfandegado, nos termos do art. 31, *caput* e §1º, do Decreto-Lei nº 1.455/76, não havendo que se falar em mácula aos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, pois trata-se de obrigação imposta em lei e nada mais justo que a União, titular dos bens abandonados, arque com os custos de armazenagem deles, **sob pena de enriquecimento sem causa**.

Ainda, não há que se falar em exigência de prévia licitação para a "contratação do serviço de armazenagem", tendo em vista que a prestação do serviço decorre de imposição legal, de modo que é possível aplicar a ressalva prevista na primeira parte do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Dessa forma, há de se concluir que a apelada, na condição de depositária das mercadorias abandonadas e/ou apreendidas e colocadas à disposição da União Federal, tem o direito de cobrar a tarifa de armazenagem correspondente.

Nesse sentido tem decidido essa Corte Regional da 3ª Região:

"ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ARMAZENAGEM. MERCADORIA ABANDONADA. PENA DE PERDIMENTO APLICADA. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

1. Decretado o perdimento das mercadorias abandonadas, não há como eximir a União Federal do pagamento das despesas de armazenagem pela simples alegação de que não existe relação jurídica com a autora, mesmo porque a obrigação decorre de lei e atos regulamentares.

2. O artigo 31 do Decreto-lei nº 1.455/76 fixa que os valores devidos serão pagos pela Secretaria da Receita Federal com recursos oriundos do FUNDAF, de sorte que a alegação de inexistência de contrato sucumbe à força normativa do comando legal.

3. Uma vez prestado o serviço, a União, sob pena de enriquecimento sem causa, deve remunerar a autora em seu valor de mercado, uma vez que esta não tem a opção de dar destinação qualquer aos bens, ficando a guarda e conservação sob sua inteira responsabilidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas."

(APELREE nº 2207.61.19005003-9 - TRF3 - Rel. Desemb. Fed. MARLI FERREIRA - DJe de 10.06.2011)

"ADUANEIRO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA EM CASO DE ABANDONO DA MERCADORIA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL PELO PAGAMENTO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DO ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97.

1. Preliminares rejeitadas. A inicial é apta, na forma do artigo 282 do CPC. A competência relativa se firmou na forma dos artigos 109, §2º e 112 do Código de Processo Civil. A legitimidade passiva da União Federal decorre da inteligência do artigo 647 do Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Novo Regulamento Aduaneiro).

2. É de responsabilidade da União Federal o pagamento dos custos da armazenagem dos bens sob os cuidados da autora, permissionária do serviço público, em virtude do seu abandono, conforme Ficha de Mercadoria Abandonada -FMA, pois nesta oportunidade os bens passaram para o domínio da Receita Federal, responsável pelo seu destino, destruição, leilão ou doação dentre outros.

3. Os juros e correção monetária incidirão na forma do artigo 1º-F da Lei 9494/97.

4. Precedentes.

5. Apelação desprovida.

6. Remessa oficial parcialmente provida."

(AC nº 0001276-31.2010.4.03.6100/SP - Rel. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Dje DE 16.09.2013)

ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - TARIFA DE ARMAZENAGEM - MERCADORIA APREENDIDA OU ABANDONADA - RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CARACTERIZADA 1 - Trata-se relação jurídica do tipo continuativa, motivo pelo qual, a cada período de permanência da mercadoria no recinto alfandegado, nasce o direito a perceber o valor referente à tarifa de armazenagem, não havendo no que se falar em prescrição. 2 - Deve ser restringida a pretensão em cinco anos contados retroativamente ao ajuizamento da ação. 3 - A autora é sociedade mercantil tendo como atividade serviços desenvolvidos em Estação Aduaneira Interior - EADI. 4 - A Tarifa de armazenagem é devida pelo armazenamento, guarda e controle das mercadorias nos Armazéns de Carga Aérea dos Aeroportos, incidindo sobre consignatário ou transportador no caso de carga aérea em trânsito. 5 - Em caso de apreensão ou abandono de mercadorias, até esta data os custos serão por conta do importador. Somente depois de declarada definitivamente a Pena de Perdimento da mercadoria, pode ser exigida a debatida tarifa da Receita Federal, pois apenas após este momento a mesma pode ser reputado como de domínio da mesma. 6 - Os valores a serem ressarcidos deverão ser corrigidos unicamente pela taxa SELIC, que engloba juros e correção monetária. 7 - Quanto à verba honorária, a mesma deve ser fixada em R\$ 50.000,00 em favor da autora, nos termos do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil. 8 - Apelação da autora provida. Apelação da União Federal e remessa oficial parcialmente providas."

(APELREE 2004.61.19.007459-6 - TRF3 - Desembargador Federal NERY JUNIOR - Dje de 18/10/2010)

"DIREITO PROCESSUAL E ADUANEIRO. ARTIGO 557, CPC. AGRAVO INOMINADO. DESPESAS E CUSTOS COM ARMAZENAGEM. ABANDONO E PERDIMENTO. RESPONSABILIDADE LEGAL. DECRETO-LEI 1.455/1976. TERMO INICIAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da fundamentação lançada nos autos.

2. A legislação aduaneira estabelece a obrigação de pagamento em contrapartida à obrigação de armazenagem (art. 579), sendo firme a jurisprudência no sentido de que o pagamento, legalmente previsto, porque derivado de dever legal de armazenagem, não tem caráter contratual e, portanto, não tem relevância a discussão da exigência de licitação ou da condição de concessionário de serviço público, até porque os custos da armazenagem não geram dívida, estando retratados em fichas de mercadorias abandonadas e tabelas de valores aplicáveis aos usuários do serviço. O pagamento é devido pela UNIÃO por ser sua a propriedade dos bens após abandono e perdimento, sendo devidas as despesas de armazenagem apenas a partir do perdimento definitivamente decretado, conforme firmes e consolidados precedentes.

3. No tocante à alegação de que não houve perdimento, para efeito de fixar propriedade e responsabilidade pelo pagamento da taxa de armazenagem, a prova dos autos é manifesta no sentido de que os bens, apreendidos entre 2005 e 2006, já tiveram destinação dada pela União, seja através de destruição, doação ou incorporação ao patrimônio público, o que foi confirmado pela própria SRF, além do que o artigo 579, § 1º, do RA estipula os requisitos para a obrigação legal da SRF de pagar as tarifas de armazenagem, todos devidamente cumpridos.

4. Agravo inominado desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1762284 - 0001063-59.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 01/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2013) grifei.

"ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ARMAZENAGEM. MERCADORIA ABANDONADA. PENA DE PERDIMENTO. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A autora emitiu as Fichas de Mercadoria Abandonada - FMAs n.ºs 00014/1998 em 06.01.1998 e a de n.º 00029/2000 em 24.03.2000 (fls. 18 e 19); e, em 30.04.2001 (fls. 24 e 25), as respectivas Notas Fiscais - Fatura de Serviços, interrompendo-se o prazo da prescrição em 08.08.2001 (fls. 26), data em que protocolizou o pedido de pagamento da tarifa de armazenagem na esfera administrativa. Considerando que o último ato em âmbito administrativo acostado aos autos data de abril/2007 (fls. 39), não há falar-se em prescrição, haja vista o ajuizamento da ação em 08.10.2008.

Decretado o perdimento das mercadorias abandonadas, não há como eximir a União Federal do pagamento das despesas de armazenagem pela simples alegação de que não existe relação jurídica com a autora (recinto alfandegado), mesmo porque a obrigação decorre de lei e atos regulamentares.

O artigo 31 do Decreto-Lei nº 1.455/76 fixa que os valores devidos serão pagos pela Secretaria da Receita Federal com recursos oriundos do FUNDAF, de sorte que a alegação de inexistência de contrato sucumbe à força normativa do comando legal.

Não prospera o argumento quanto à necessidade de licitação, com esteio no artigo 25 da Lei nº 8.666/93, posto que tal determinação somente se aplica quando se tratar de ato futuro, e não de serviço já prestado.

Quanto ao valor cobrado pela autora, não comprovou a União Federal por meio de critérios objetivos, os motivos pelos quais entende que o valor cobrado encontra-se incorreto, tampouco demonstrando que as tarifas exigidas são excessivas em relação aos valores cobrados no mercado.

Apelação desprovida.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1573775 - 0024985-66.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 03/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2017)

No caso dos autos, reforce-se que a documentação juntada aos autos comprova que a apelada realizou todo o procedimento requerido na legislação de regência, emissão das Fichas de Mercadoria Abandonada e a emissão das notas fiscais com a notificação da Secretaria da Receita Federal, informando tempestivamente ao órgão local da Secretaria da Receita Federal que as mercadorias se encontravam em situação de abandono, bem assim como o pedido de pagamento perante a autoridade pública responsável.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação da União, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ADUANEIRO. TARIFA DE ARMAZENAGEM. MERCADORIA ABANDONADA. PENA DE PERDIMENTO APLICADA. RESPONSABILIDADE DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. DECRETO-LEI 1.455/1976. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. Caso em que a parte autora visa provimento jurisdicional que declare a obrigação da União ao pagamento das despesas com a taxa de armazenagem dos bens apreendidos e abandonados, mantidos sob o depósito da primeira.
2. Preliminarmente, afastado a alegação de ausência de documentos necessários ao deslinde da causa, uma vez que a petição inicial está instruída com os documentos essenciais à propositura da demanda, tanto que propiciaram o exercício do direito de defesa quanto ao mérito.
3. No que se refere à preliminar de ilegitimidade passiva da União e de legitimidade passiva do importador, no presente caso, a parte autora, ora apelada, postula a declaração de crédito referente à taxa de armazenagem de mercadorias abandonadas que já estavam à disposição da Receita Federal do Brasil, razão pela qual somente a União Federal deve permanecer como parte da relação processual. Isso porque do momento do recebimento da mercadoria no recinto alfandegado até a declaração de seu abandono a responsabilidade é, de fato, do importador. No entanto, o que se discute no presente caso é o período posterior à declaração do perdimento até a sua destinação - momento em que a mercadoria passou aos cuidados da Receita Federal do Brasil, razão pela qual a despesa com armazenamento deverá ser arcada eventualmente pela União Federal.
4. A apelada, permissionária de serviço público em instalação portuária de zona primária, realiza a movimentação e o depósito de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, nos termos do que dispõe o Regulamento Aduaneiro.
5. Assim, o armazenamento de mercadorias importadas é uma das atividades da autora, como permissionária. E, nessa

qualidade, também possui a obrigação, determinada na legislação aduaneira, de comunicar à Secretaria da Receita Federal as ocorrências de mercadorias abandonadas por decurso de prazo e mantê-las sob sua guarda até a final destinação das mesmas.

6. Dessa forma, no caso de mercadorias apreendidas por desconformidade com aquilo que foi declarado na guia de importação deverá mantê-las sob sua custódia.
7. Considera-se mercadoria abandonada, nos termos dos artigos 642 e 644 do Decreto 6.759/09, os produtos que permanecerem em recinto alfandegado sem que o seu despacho de importação seja iniciado no decurso dos prazos estabelecidos nos referidos artigos. Após o depósito das mercancias em seu recinto, a prestadora do serviço/autora deve observar rigorosamente o controle dos prazos de armazenamento e comunicar à Secretaria da Receita Federal as mercadorias que estiverem abandonadas por seu decurso e/ou apreendidas pelo fisco. Por tal atividade, a legislação aduaneira prevê o pagamento de despesas das referidas armazenagens.
8. Conforme se verifica do artigo 31 do Decreto-lei nº 1.455/76, após a devida comunicação, é responsabilidade da Secretaria da Receita Federal realizar o pagamento ao depositário da tarifa de armazenagem.
9. Assim, o equilíbrio econômico financeiro entre a permissionária e a administração fica resguardado, uma vez que a partir do depósito efetuado e com o vencimento do período de permanência da mercadoria estrangeira em recinto alfandegado, sem o respectivo despacho aduaneiro, surge a obrigação do pagamento da tarifa. O Decreto nº 6.759/2009, em seu artigo 647, explicitou a forma e o modo pelo qual esse pagamento deve se realizar.
10. As mercadorias tidas por abandonadas e/ou apreendidas, quando objeto da pena de perdimento, são vendidas em hasta pública, ou são destinadas à incorporação a órgãos da Administração Pública ou a entidades filantrópicas, científicas ou educacionais. Como os ingressos decorrentes de tais as alienações configurarão receita da União, na rubrica orçamentária do FUNDAF, o legislador determinou que as despesas de armazenagem fossem suportadas pela Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do próprio FUNDAF.
11. Tal determinação advém do fato de que não é permitido à permissionária tomar as mercadorias abandonadas para si, de modo a se ressarcir de tais despesas.
12. Portanto, a legislação aduaneira, ao tratar de mercadorias abandonadas pelo importador, previu o pagamento das despesas de armazenagem. Os referidos dispositivos impõem à Secretaria da Receita Federal o dever de efetuar-lo até a data em que ela retirar a mercadoria, com recursos do FUNDAF. Basta, para tanto, que o depositário comunique à Secretaria da Receita Federal, no prazo de 05 (cinco) dias a contar da configuração do abandono (90 dias, após a descarga da mercadoria, sem que tenha sido iniciado o despacho aduaneiro).
13. E é esse o caso dos autos, pois pretende a autora, ora apelada, o ressarcimento dos valores dos custos operacionais envolvidos na prestação dos serviços de guarda e armazenagem, custos estes que devem ser suportados pela Administração Pública.
14. Ressalte-se que a armazenagem demanda custos de espaço ocupado, de guarnição e movimentação, além de medidas relativas à sua segurança.
15. Ainda, não há que se falar em exigência de prévia licitação para a "contratação do serviço de armazenagem", tendo em vista que a prestação do serviço decorre de imposição legal, de modo que é possível aplicar a ressalva prevista na primeira parte do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.
16. Dessa forma, há de se concluir que a apelada, na condição de depositária das mercadorias abandonadas e/ou apreendidas e colocadas à disposição da União Federal, tem o direito de cobrar a tarifa de armazenagem correspondente.
17. Remessa necessária e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário e ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003334-94.2008.4.03.6126
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIÃO FEDERAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 510/996

APELADO: FERNANDO BARROS PEREIRA, ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: JOAO LUIZ DE SIQUEIRA QUEIROZ - SP126879
Advogado do(a) APELADO: MARIA BEATRIZ DE BIAGI BARROS - SP95700-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003334-94.2008.4.03.6126
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIÃO FEDERAL
APELADO: FERNANDO BARROS PEREIRA, ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: JOAO LUIZ DE SIQUEIRA QUEIROZ - SP126879
Advogado do(a) APELADO: MARIA BEATRIZ DE BIAGI BARROS - SP95700
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por **Fernando Barros Pereira** em face da **União** e da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, objetivando a declaração de nulidade do ato constitutivo da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., que o incluiu como sócio, e do ato administrativo que vinculou seu CPF à empresa referida perante a Receita Federal do Brasil, além da regularização de seu CPF.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, condenando a União a desvincular o número de CPF do autor do cadastro da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda. a partir de 26.12.2001, regularizando sua situação cadastral, a fim de que o número de CPF passe a constar como regular. A sentença ressaltou a possibilidade de fiscalização administrativa do cadastro do autor, desde que não guarde relação com o que está decidido, condenando o autor a pagar à Fazenda Pública do Estado de São Paulo honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e 75% (setenta e cinco por cento) das custas processuais em relação à União, suspensos em virtude da concessão da assistência judiciária (Id 90448862, p. 152-154).

A União apelou, alegando, em síntese, que a tutela concedida sem a certeza jurídica do pedido poderá provocar grave lesão de difícil reparação, requerendo efeito suspensivo, aduzindo, ainda, que o autor não apresentou provas que possam sustentar que houve, de fato, fraude em relação ao uso de seu CPF (Id 90448862, p. 162-172).

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003334-94.2008.4.03.6126
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIÃO FEDERAL
APELADO: FERNANDO BARROS PEREIRA, ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: JOAO LUIZ DE SIQUEIRA QUEIROZ - SP126879
Advogado do(a) APELADO: MARIA BEATRIZ DE BIAGI BARROS - SP95700
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

No caso, o autor ajuizou ação de rito ordinário em face da União, objetivando a declaração de nulidade do ato constitutivo da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., que o incluiu como sócio detentor de 1% (um por cento) do capital social perante a JUCESP, e do ato administrativo que vinculou seu CPF à empresa referida perante a Receita Federal do Brasil, além da regularização de seu CPF perante o órgão fazendário.

Segundo consta dos autos, o autor sempre apresentou Declaração Anual de Isento, porém recebeu da Delegacia da Receita Federal um comunicado informando que constava uma pendência em seu nome, momento em que percebeu que seu CPF foi fraudulentamente utilizado para fazê-lo constar como sócio da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., registrada perante a JUCESP e à Receita Federal.

Consequentemente, seu CPF encontra-se suspenso, uma vez que não consegue apresentar sua Declaração Anual de Isento, nem tampouco abrir contas bancárias ou obter crédito.

Em seu depoimento, o autor alega que perdeu seu documento de identidade por duas vezes, admitindo que não comunicou o fato às autoridades policiais, tendo, inclusive, demorado para providenciar a segunda via.

Os documentos juntados (carteira profissional, contrato de trabalho em frente de trabalho do SEMASA por tempo determinado - Id 90448862, p. 16, 18-19) comprovam que, de fato, o autor é pessoa humilde, sendo assistido, inclusive, por órgão de assistência judiciária.

Conforme documentos trazidos aos autos pela JUCESP, o autor detinha 1% (um por cento) do capital social da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., porém, diferentemente dos demais contratantes, o nome do autor não estava autenticado, nem sua assinatura coincide como documento de identidade que instrui a inicial (Id 90448862, p. 142).

Ademais, verifica-se que o autor foi excluído do quadro social da empresa em 31.07.2001, com registro da alteração perante a JUCESP em 26.12.2007 (Id 90448862, p. 125).

Não há quaisquer notícias de eventual dano a outros ou à sociedade, além da suspensão do CPF com as consequências daí advindas somente para o próprio autor.

Alegar que as provas trazidas pelo autor aos autos não são suficientes para afastar a ocorrência de fraude e a validade dos atos administrativos praticados pela Receita Federal e pela JUCESP, seria exigir uma prova excessivamente difícil de ser produzida, principalmente para um cidadão humilde, de poucos recursos.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da União, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CADASTRO DE PESSOAS FÍSICAS (CPF). USO FRAUDULENTO POR TERCEIROS EM ATOS CONSTITUTIVOS PERANTE A JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por **Fernando Barros Pereira** em face da **União** e da **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, objetivando a declaração de nulidade do ato constitutivo da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., que o incluiu como sócio, e do ato administrativo que vinculou seu CPF à empresa referida perante a Receita Federal do Brasil, além da regularização de seu CPF.
2. Segundo consta dos autos, o autor sempre apresentou Declaração Anual de Isento, porém recebeu da Delegacia da Receita Federal um comunicado informando que constava uma pendência em seu nome, momento em que percebeu que seu CPF foi fraudulentamente utilizado para fazê-lo constar como sócio da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., registrada perante a JUCESP e à Receita Federal.
3. Consequentemente, seu CPF encontra-se suspenso, uma vez que não consegue apresentar sua Declaração Anual de Isento, nem tampouco abrir contas bancárias ou obter crédito.
4. Os documentos juntados (carteira profissional, contrato de trabalho em frente de trabalho do SEMASA por tempo determinado Id 90448862, p. 16, 18-19) comprovam que, de fato, o autor é pessoa humilde, sendo assistido, inclusive, por órgão de assistência judiciária.
5. Conforme documentos trazidos aos autos pela JUCESP, o autor detinha 1% (um por cento) do capital social da empresa Cordial Transporte Rodoviários Ltda., porém, diferentemente dos demais contratantes, o nome do autor não estava autenticado, nem sua assinatura coincide com o documento de identidade que instrui a inicial (Id 90448862, p. 142).
6. Ademais, verifica-se que o autor foi excluído do quadro social da empresa em 31.07.2001, com registro da alteração perante a JUCESP em 26.12.2007 (Id 90448862, p. 125).
7. Não há quaisquer notícias de eventual dano a outros ou à sociedade, além da suspensão do CPF com as consequências daí advindas somente para o próprio autor.

8. Alegar que as provas trazidas pelo autor aos autos não são suficientes para afastar a ocorrência de fraude e a validade dos atos administrativos praticados pela Receita Federal e pela JUCESP seria exigir uma prova excessivamente difícil de ser produzida, principalmente para um cidadão humilde, de poucos recursos.

9. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006927-39.2004.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO VIACAO VENANCIO AIRES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA MASCARO TEIXEIRA ALVES - SP196406
APELADO: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, TRANSPEN
TRANSPORTE COLETIVO E ENCOMENDAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO GAZEBAYOUKIAN - SP143684
Advogado do(a) APELADO: FLAVIO BOTELHO MALDONADO - MG79323
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006927-39.2004.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO VIACAO VENANCIO AIRES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA MASCARO TEIXEIRA ALVES - SP196406
APELADO: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, TRANSPEN
TRANSPORTE COLETIVO E ENCOMENDAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO GAZEBAYOUKIAN - SP143684
Advogado do(a) APELADO: FLAVIO BOTELHO MALDONADO - MG79323
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Auto Viação Venâncio Aires Ltda.**, em face de sentença de improcedência em ação de rito ordinário contra a **União** e a **ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres**, em que objetiva, em síntese, que seja assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, com os seccionamentos discriminados na inicial, cobrando as tarifas oficializadas pelas rés.

Na inicial, a parte autora requereu a distribuição da presente ação, por conexão, nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil, à ação cautelar nº 96.0607677-6 e à ação nº 0600258-62.1997.4.03.6105 (antiga ação nº 97.0600258-8).

Alega ser titular de linha de ônibus atípica, em razão da omissão do Poder Público, que nunca realizou licitação para adjudicação de inúmeras linhas existentes, e mesmo tendo obtido provimento jurisdicional favorável nos autos da Ação Cautelar nº 96.0607677-6, assegurando à autora a exploração da linha Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, foi autuada pela ANTT em 11.05.2003, tendo um veículo de sua propriedade apreendido.

A firma que em 27.05.2002, em razão de ofício expedido pela ANTT, juntou os documentos necessários ao cadastramento da linha Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, porém a ANTT respondeu ao esquema operacional da autora, limitando-se a duas seções, Santa Maria e Piracicaba, em desrespeito à decisão judicial, além de inibir a viabilidade econômica da linha.

A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida, possibilitando à autora a exploração da linha interestadual Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, com os seccionamentos das planilhas juntadas pela parte autora (Id 90211721, p. 3).

Dessa decisão, a União interpôs Agravo de Instrumento perante o TRF 3ª Região (Id 90211721, p. 12-24).

A Transpen requereu sua intervenção como assistente das rés, sob o argumento de que teria interesse jurídico com a finalidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da uma permissão de linha de ônibus que lhe fora regularmente outorgada pelo Poder Concedente. A União não se opôs ao pedido de assistência formulado pela Transpen, e a parte autora não se manifestou, tendo sido o pedido de ingresso deferido. A parte autora interpôs agravo de instrumento da decisão que admitiu o ingresso da assistente Transpen (Id 90211629, p. 63-69), ao qual foi negado seguimento.

Na sentença, o Juízo *a quo* noticiou que foi proferida sentença de improcedência nos autos da Ação nº 0600258-62.1997.4.03.6105 (antiga 97.0600258-8), em razão da necessidade de procedimento licitatório para exploração dos serviços de transporte interestadual, aduzindo que “a situação fática em que se encontra a autora, de explorar informalmente a linha Santa Maria (RS) – Piracicaba (SP) há tantos anos, não se consolida juridicamente, já que eivada de vício desde sua origem, e julgou improcedentes os pedidos (Id 90211888, p. 9-18).

Apelou a parte autora, repetindo em síntese, os mesmos argumentos já expostos na inicial (Id 90211888, p. 28-49):

a) opera esse serviço há vários anos, e sempre solicitava a abertura de licitação pública ao Poder Concedente, que há muitas décadas não cumpre sua obrigação, esquecendo-se que as empresas consideradas formais jamais participaram de uma licitação pública, ofendendo, assim o princípio da isonomia;

b) a omissão do Poder Concedente na licitação das linhas interestaduais faz com que apenas uma minoria seja reprimida – ademais, “admitir que uma linha como Santa Maria/RS-Piracicaba/SP só angarie passageiros nos extremos é debochar das partes e do próprio Poder Judiciário” (Id 90211888, p. 30);

c) “as linhas atípicas não garantem às empresas que as gerenciam o direito de explorá-las indefinidamente ou a prazo certo, mas este gerenciamento cessará no momento em que o Poder Concedente licitá-las, o que não vem acontecendo” (Id 90211890, p. 148);

d) as questões discutidas na presente ação referem-se às ações cautelares, ordinárias, oposições, agravos e apelações que estão vinculadas – requer que sejam julgadas em conjunto, levando-se em consideração a peculiaridade do caso;

e) a apelante apenas busca a manutenção de uma situação de fato dos serviços que opera, enquanto não realizada a licitação pelo Poder Público – está explorando o serviço em questão há cerca de quinze anos, com a quiescência do Poder Concedente, conforme esquema operacional juntado aos autos – a apelante explora a linha atípica mediante licenças verbais de transporte coletivo interestadual;

f) os transportes atípicos permaneceram na exclusão diante da omissão estatal, que nunca institucionalizou tais linhas por meio de licitações, porém tolerou, e tolera, a operação por décadas – no caso, a proteção, ainda que precária, do Poder Judiciário, é de relevante interesse público, conforme jurisprudência colacionada;

g) a omissão do Poder Concedente colocou muitas empresas em evidente ilegalidade – a apelante requer que as licitações devem começar pelas melhores e mais antigas linhas;

h) requer a procedência de pedido da inicial para anular o auto de apreensão e manter o direito da apelante na continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, com embarque e desembarque de passageiros, e comercialização de passagens nos extremos e intermediários até a abertura de concorrência pública, além da inversão da sucumbência.

Com contrarrazões da União, vieram os autos a este Tribunal (Id 90211626, p. 24-32).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006927-39.2004.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO VIACAO VENANCIO AIRES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA MASCARO TEIXEIRA ALVES - SP196406
APELADO: UNIÃO FEDERAL, AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, TRANSPEN
TRANSPORTE COLETIVO E ENCOMENDAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO GAZEBAYOUKIAN - SP143684
Advogado do(a) APELADO: FLAVIO BOTELHO MALDONADO - MG79323
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de apelação interposta por **Auto Viação Venâncio Aires Ltda.**, em face de sentença de improcedência, em que objetiva, em síntese que seja assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.

Em razão da conexão, o Juízo *a quo* determinou a reunião dos feitos com a ação ordinária nº 0600258-62.1997.4.03.6105 (antiga 97.0600258-8), a fim de se evitar decisões conflitantes (Id 90211629, p. 29).

No mérito, a questão posta nos autos trata de prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros que já vem sendo efetivada, há vários anos, de forma informal, ante a alegada ausência de licitação por parte do Poder Público.

A apelante obteve provimento judicial para exploração da atividade, a título precário, na liminar concedida na Ação Cautelar nº 96.0607677-6 (deferiu a liminar “até a adjudicação da linha se e quando licitada pelo Poder Público ou até ulterior deliberação do Juízo, ressalvada a atividade administrativa de fiscalização dos serviços naquilo que não colidir com a liminar” - Id 90211887, p. 132-134), que foi confirmada em Sentença em 1º Grau (Id 90211887, p. 135-140).

Entretanto, a liminar concedida nos autos da ação cautelar nº 96.0607677-6, confirmada em sede de sentença, foi julgada improcedente em acórdão proferido no recurso de apelação e remessa oficial nº 2004.03.99.021065-3, pela Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, revogando-se, portanto, a liminar concedida pelo Juízo *a quo* (Id 90211887, p. 142-147).

De fato, encontra-se consolidado pela jurisprudência pátria o entendimento de que o transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, cabendo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII, "e", c.c. o art. 175, ambos da Constituição Federal.

Tanto a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação.

Ocorre que, na espécie, já houve sentença de improcedência no processo conexo nº 0600258-62.1997.4.03.6105 (antigo 97.0600258-8), em que a apelante buscava, em síntese, que lhe fosse assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.

Assim, as normas processuais acerca da litispendência, conexão e continência destinam-se, sobretudo, a evitar o conflito de julgados.

Como espécie de conexão, a continência gera litispendência parcial entre as ações, na medida em que o pedido de uma delas é mais amplo, abrangendo a outra demanda.

No caso, a decisão de improcedência proferida no processo 0600258-62.1997.4.03.6105 (antigo 97.0600258-8), prejudica a presente apelação, uma vez que se a apelante não teve o seu direito à exploração do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, não há que se falar em direitos sobre os seccionamentos da referida linha.

Ante o exposto, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, conforme dispõe o art. 57, do Código de Processo Civil, ficando prejudicado o recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL RODOVIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. ART. 21, XII, CF. ART. 175, CF. SERVIÇO PÚBLICO. LICITAÇÃO. NECESSIDADE. APELAÇÃO PREJUDICADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 57 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 Trata-se de apelação interposta por **Auto Viação Venâncio Aires Ltda.**, em face de sentença de improcedência, em que objetiva, em síntese que seja assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.

2. A apelante obteve provimento judicial para exploração da atividade, a título precário, na liminar concedida na Ação Cautelar nº 96.0607677-6 (deferiu a liminar “até a adjudicação da linha se e quando licitada pelo Poder Público ou até ulterior deliberação do Juízo, ressalvada a atividade administrativa de fiscalização dos serviços naquilo que não colidir com a liminar” - Id 90211887, p. 132-134), que foi confirmada em Sentença em 1º Grau (Id 90211887, p. 135-140). A Terceira Turma do TRF da 3ª Região, por unanimidade, deu provimento à apelação da União e à remessa oficial, negando a tutela cautelar e revogando a liminar anteriormente concedida (Id 90211887, p. 142-147).

3. De fato, encontra-se consolidado pela jurisprudência pátria o entendimento de que o transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, cabendo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII, "e", c.c. o art. 175, ambos da Constituição Federal. Precedentes.

4. Ocorre que, na espécie, já houve sentença de improcedência no processo conexo nº 0600258-62.1997.4.03.6105 (antigo 97.0600258-8), em que a apelante buscava, em síntese, que lhe fosse assegurada a continuidade na prestação do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, até que o Poder Concedente realize licitação.

5. As normas processuais acerca da litispendência, conexão e continência destinam-se, sobretudo, a evitar o conflito de julgados. Como espécie de conexão, a continência gera litispendência parcial entre as ações, na medida em que o pedido de uma delas é mais amplo, abrangendo a outra demanda.

6. No caso, a decisão de improcedência proferida no processo 0600258-62.1997.4.03.6105 (antigo 97.0600258-8), prejudica a presente apelação, uma vez que se a apelante não teve o seu direito à exploração do serviço de transporte interestadual de passageiros entre o Município de Santa Maria/RS e Piracicaba/SP, não há que se falar em direitos sobre os seccionamentos da referida linha.

7. Apelação prejudicada, extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 57, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, extinguiu o feito sem resolução do mérito, conforme dispõe o art. 57, do Código de Processo Civil, ficando prejudicado o recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032947-36.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS GERBASI LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO - SP21348-A

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, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013850-54.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: M-DIAS COMERCIO E IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: LUIS FERNANDO XAVIER SOARES DE MELLO - SP84253-A, EDUARDO GUTIERREZ - SP137057-A, LIGIA VALIM SOARES DE MELLO - SP346011-A, DANIELA MACHADO CAMPOS DE CARVALHO - SP3744120A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5013850-54.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: M-DIAS COMERCIO E IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: LUIS FERNANDO XAVIER SOARES DE MELLO - SP84253-A, EDUARDO GUTIERREZ - SP137057-A, LIGIA VALIM SOARES DE MELLO - SP346011-A, DANIELA MACHADO CAMPOS DE CARVALHO - SP3744120A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem para reconhecer a não incidência do IPI sobre os produtos importados pela impetrante, quando da saída do estabelecimento para a comercialização no mercado interno, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente em março, abril, maio e junho de 2017.

A União alega, em síntese, que:

a) a incidência de IPI na saída de produtos industrializados importados do estabelecimento importador encontra amparo nos arts. 146, III da Constituição Federal e 46 e 51 do Código Tributário Nacional;

b) quando o importador realiza outra atividade que acarreta a saída do produto, mesmo que já tenha sofrido a incidência do IPI, está praticando novo fato gerador, razão pela qual há, novamente, sua incidência.;

c) os fatos geradores do IPI não são alternativos, de modo que não prospera a alegação de dupla incidência.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do e. Procurador Regional da República, Sérgio Lauria Ferreira, opinou pelo desprovemento do recurso de apelação.

É o relatório. Inclua-se o feito empauta, para julgamento pela Turma.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) N° 5013850-54.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: M-DIAS COMERCIO E IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI - EPP

Advogados do(a) APELADO: LUIS FERNANDO XAVIER SOARES DE MELLO - SP84253-A, EDUARDO GUTIERREZ - SP137057-A, LIGIA VALIM SOARES DE MELLO - SP346011-A, DANIELA MACHADO CAMPOS DE CARVALHO - SP3744120A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): De fato, as decisões anteriormente proferidas alinhavam-se à orientação firmada em precedentes desta Corte, desta Turma e de julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais não há fato gerador do IPI quando não verificada a realização de processo de transformação, beneficiamento ou industrialização do produto importado no território nacional.

Ocorre, porém, que, ressalvado o entendimento firmado nesta Corte, a questão veio a ser objeto de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, na sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Veja-se:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RIPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. *Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.*

4. *Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. n.º 1.411749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.*

5. *Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".*

6. *Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015) (grifei)*

Assim, em mudança de paradigma, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender que consistem fatos geradores distintos: i) o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; ii) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador, equiparado a estabelecimento produtor.

No entender daquela Colenda Corte, ambas as hipóteses estão sujeitas à incidência do IPI, sem que com isso haja quebra de isonomia, tampouco *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação. Isso porque a primeira tributação (no momento do desembaraço aduaneiro) recai sobre o preço de compra, no qual está embutida a margem de lucro da empresa estrangeira, ao passo que a segunda tributação (no momento da saída do produto industrializado do estabelecimento) incide sobre o preço de venda, onde já está incluída a margem de lucro da empresa brasileira importadora.

Com base nessa exegese, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese, para efeito do artigo 543-C do Código de Processo Civil: "*os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.*"

Tem-se, ainda, que como o IPI é um imposto não-cumulativo, do valor devido na venda do produto no mercado nacional será deduzido o valor do mesmo imposto pago no desembaraço aduaneiro, de acordo com o disposto no artigo 226 do Decreto n.º 7.712/2010.

Sendo assim, a jurisprudência desta Corte já vem se alinhando a esse novo entendimento, como se denota nos seguintes julgados:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APELO E RAZÕES DISSOCIADAS. REMESSA OFICIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPI. FATO GERADOR. SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA E REMESSA OFICIAL PROVIDA. 1. Não se conhece da apelação, que veicula razões dissociadas do objeto da causa. 2. Firmada, pela Corte Superior, o entendimento pela viabilidade e autonomia das operações de desembaraço aduaneiro e circulação a partir do estabelecimento do importador; sem quebra de isonomia, à luz da natureza e origem da atividade e do bem envolvido nas situações discutidas, a justificar a exigibilidade do IPI do produto importado, quando de sua saída para revenda, ainda que sem sofrer nova transformação, beneficiamento ou industrialização. 3. Firmada, a propósito, a jurisprudência no sentido de que assim é porque a legislação equipara o importador ao industrial, sem que se cogite de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, visto que a incidência no desembaraço aduaneiro alcança o preço de compra, com inclusão da margem de lucro do produtor; enquanto que a incidência na saída do estabelecimento considera o preço da venda, no qual incluída a margem de lucro da importadora, sem que seja, tampouco, vislumbrada oneração excessiva da cadeia produtiva em razão da possibilidade de crédito do IPI pago no desembaraço para uso na operação posterior. 4. **Sujeita, portanto, a resolução da espécie ao precedente, firmado sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, dispondo que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil"** (Embargos de Divergência no RESP 1.403.532, Rel. p/ acórdão Min. MAURO CAMPBELL, publicado no DJe 18/12/2015). 5. Aplicada tal orientação a partir da norma concreta de incidência, cuja materialidade foi reconhecida como presente na operação de saída para revenda de bem estrangeiro do estabelecimento do importador (artigo 46, CTN), não se pode cogitar de eventual vício de inconstitucionalidade à luz de norma de alcance mais abstrato, carente de densidade normativa concreta e específica, para fins de desconstituir a presunção de constitucionalidade da norma e da incidência fiscal discutida. 6. Apelação não conhecida e remessa oficial provida." (APELREEX 00032339120154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"TRIBUTÁRIO - IPI - IMPORTAÇÃO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO - REVENDA DA MERCADORIA IMPORTADA - INCIDÊNCIA - BIS IN IDEM QUE NÃO SE CARACTERIZA 1. O Decreto n. 87.981/82, em seu artigo 107, inciso I, previa que o recolhimento do tributo deveria se dar no momento do desembaraço aduaneiro, nos casos de importação de mercadorias. 2. **A operação de venda e o desembaraço aduaneiro de um produto são duas operações separadas e independentes. São fatos geradores diferentes para o mesmo imposto. O IPI deve incidir tanto na importação quanto na venda do produto (EResp 1403532/SC)** 3. Não se vislumbra ocorrência de bis in idem aventado, considerando que a lei elege dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; 4. Apelação e remessa oficial providas." (AMS 00041779320154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. IPI. INCIDÊNCIA SOBRE REVENDA DE MERCADORIA IMPORTADA, SEM QUALQUER ALTERAÇÃO, JÁ TRIBUTADA NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. A matéria está sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do EREsp nº 1.403.532/SC, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, motivo pelo qual o julgamento por decisão monocrática do relator era perfeitamente cabível, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A adoção do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do EREsp nº 1.403.532/SC independe da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão paradigma, conforme entendimento do STJ e do STF. 3. Questiona-se acerca da possibilidade de incidência do IPI na operação de revenda de mercadoria, sem qualquer alteração, para o mercado interno, pelo importador que já pagou o mesmo tributo quando do desembaraço aduaneiro; noutro dizer; questiona-se a dupla incidência do IPI, ou seja, uma primeira quando do desembaraço aduaneiro, e uma segunda no momento em que o importador promove a saída do produto de seu estabelecimento para revenda. 4. Quanto ao primeiro momento da hipótese de incidência do IPI, no desembaraço aduaneiro, sua disciplina legal se encontra diretamente no artigo 46, I, c/c o artigo 51, I, ambos do Código Tributário Nacional. 5. Além disso, também é fato gerador do IPI a saída desse produto do estabelecimento de um importador, de um industrial, de um comerciante ou de um arrematante (art. 46 c/c. art. 51, § único, do CTN). Quando o importador paga o IPI é óbvio que o faz nessa condição, e não como equiparado ao industrial. 6. O objeto de incidência do IPI (tributo extrafiscal) não é o fenômeno econômico da industrialização, mas sim o produto industrializado, de acordo com o artigo 153, IV, da Constituição Federal, modo que será tributado pelo IPI o produto industrializado em duas situações juridicamente distintas, dissociadas material e temporalmente: o desembaraço aduaneiro de mercadoria alienígena desembaraçado no país e a saída dessa mesma mercadoria do estabelecimento do importador; equiparado à industrial, sempre observada a regra da não cumulatividade. 7. Ainda, tratando-se de um imposto não-cumulativo, do valor do IPI devido na venda do produto no mercado nacional, será deduzido o valor do mesmo imposto pago no desembaraço aduaneiro, o que reduz a base impositiva dessa segunda operação (alienação interna) ao valor adicionado à primeira, conforme dispõe o artigo 226 do Decreto nº 7.712/2010. 8. E de se registrar que as duas Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça/STJ apresentavam decisões no sentido do exposto: EDcl no REsp 1435282/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014 -- REsp 1429656/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014 -- AgRg no AgRg no REsp 1373734/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 11/12/2013. Essa posição restou adotada no julgamento - em sede de recurso repetitivo - do EREsp 1.403.532/SC (proc. 2014/0034746-0, da 4ª Região), por maioria, nos termos do voto do Ministro MAURO CAMPBELL. 9. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 10. Agravo legal improvido." (AC 00119771220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, diga-se que o reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015. Ademais, a tutela de urgência concedida pelo STF na Ação Cautelar 4129 MC/DF tem sua eficácia restrita às partes daquela demanda, de modo que seu resultado não beneficia a impetrante.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. FATOS GERADORES DISTINTOS. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E *BIS IN IDEM*, DUPLA TRIBUTAÇÃO OU BITRIBUTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ERESP 1.403.532/SC. ART. 543-C DO CPC/73.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015. Ademais, a tutela de urgência concedida pelo STF na Ação Cautelar 4129 MC/DF tem sua eficácia restrita às partes daquela demanda, de modo que seu resultado não beneficia a impetrante.

2. As decisões anteriormente proferidas alinhavam-se à orientação firmada em precedentes desta Corte, desta Turma e de julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais não há fato gerador do IPI quando não verificada a realização de processo de transformação, beneficiamento ou industrialização do produto importado no território nacional.

3. Ocorre, porém, que, ressalvado o entendimento firmado nesta Corte, a questão veio a ser objeto de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EREsp 1.403.532/SC, na sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

4. Em mudança de paradigma, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender que consistem em fatos geradores distintos: i) o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; ii) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor.

5. No entender daquela Colenda Corte, ambas as hipóteses estão sujeitas à incidência do IPI, sem que com isso haja quebra de isonomia, tampouco *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação.

6. Com base nessa exegese, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese, para efeito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973: "*os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.*"

7. Remessa oficial e recurso de apelação providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5024140-31.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOL SERVICOS DE INTERMEDIACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP234745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5024140-31.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOL SERVICOS DE INTERMEDIACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP234745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a segurança determinar a exclusão do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A União, preliminarmente, aduz a ausência de comprovação do indébito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por constituir, referido tributo, o faturamento e a receita da empresa e compor o preço do serviço;

b) à vista do quanto decidido no Resp n.º 1.330.737, em sede de recursos repetitivos, não é cabível a extensão dos efeitos do julgamento proferido no RE 574.706, ao ISS.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Maria Emília Moraes Araújo, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5024140-31.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOL SERVICOS DE INTERMEDIACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BAPTISTINI MOLEIRO - SP234745-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Segundo o princípio da congruência ou adstrição, presente nos arts. 2º, 141, 322 e 492, do Código de Processo Civil, a sentença deve resolver a lide nos exatos limites do pedido, não podendo deixar de examinar o pedido autoral, sob pena de configuração de vício insanável.

Com efeito, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, não podendo, a sentença, como resposta ao pedido ficar aquém das questões suscitadas pela parte.

In casu, a sentença de primeiro grau padece de vício, posto que proferiu julgamento *citra petita*.

De fato, a impetrante formulou três pedidos: um no sentido de determinar a exclusão do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS; outro para excluir as próprias contribuições de sua base de cálculo; e, ao final, reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Por seu turno, a sentença apreciou apenas o pedido relativo à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, acolhendo-o e reconhecendo o direito à compensação, deixando de se pronunciar, todavia, sobre o pedido de exclusão das próprias contribuições do PIS e da COFINS de sua base de cálculo, hipótese em que se configura o julgamento *citra petita*, conhecível, *ex officio*, pelo Tribunal.

Insta salientar, todavia, que o atual Código de Processo Civil preleciona que, ocorrendo a omissão do julgado, o Tribunal poderá julgá-lo, desde que a causa se encontre madura para julgamento. Veja-se a disposição contida no artigo 1.013, § 3º, inciso III, daquele diploma legal:

"Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

[...]

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;"

Isto decorre do princípio da celeridade, afastando-se a decretação de nulidade total do julgado, aproveitando-se daquilo que já decidido e adentrando no quanto não apreciado.

Diante do exposto, passo ao exame do recurso de apelação.

Preliminarmente, diga-se que, a questão relativa à comprovação da relação tributária, bem como da juntada de guia que comprove o recolhimento no quinquênio prescricional, restou pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.111.164/BA), julgada sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil, onde se firmou o entendimento de que a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. *No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).*

2. *Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.*

3. *No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.*

4. *Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) (grifei)*

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. *Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*

2. *A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.*

3. *Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. **O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).**

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada da providência somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento vasckiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019) (grifei)*

No caso em tela, como a impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação ou repetição tributária, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa.

In casu, extrai-se do contrato social, que a impetrante comprovou que tem o dever de recolher as contribuições em comento, visto que realiza as hipóteses de incidência das referidas exações.

Desse modo, acaso reconhecido o direito, há de ser admitida a compensação tributária, dos valores recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento, em montante a ser comprovado na esfera administrativa, com a apresentação das guias DARF correspondentes, relativos à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, 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)

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.

Indo adiante, 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, 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)

"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)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

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.

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."

"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)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta, tampouco o ISS.

Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

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 pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado 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. Conseqüentemente, 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 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)

No tocante ao pedido de exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo, não apreciado em primeiro grau de jurisdição, procedo a seu julgamento.

De início, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Embora se trate de precedente de observância obrigatória quanto à matéria nele tratada (restrita ao ICMS), esta Turma Recursal entende que a conclusão do julgado não pode ser estendida às demais exações incidentes sobre a receita bruta, vez que se trata de tributos distintos, não sendo cabível a aplicação da analogia em matéria tributária. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido."

(AI 5022335-10.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/09/2018) (grifei)

De outro lado, a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS, dispõe que a base de cálculo das referidas contribuições - o faturamento ou o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica - compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Por sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal deixa claro que na receita bruta incluem-se "os tributos sobre ela incidentes", o que autoriza a inclusão, nas bases de cálculo das referidas contribuições, dos valores relativos a elas próprias.

Consoante explicitado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado, Alexandre Gonçalves Lippel, em acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 5005772-23.2018.4.04.7001/PR, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual compartilho o entendimento: "O simples fato de os valores dispendidos com as contribuições não representarem acréscimo patrimonial não é suficiente para excluí-los da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque estas não incidem sobre o lucro da empresa, e sim sobre o seu faturamento, conceito que, a priori, deve ser interpretado segundo os parâmetros fixados na legislação tributária."

Oportuno salientar que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", conforme se denota dos seguintes julgados:

"1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior; de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

[...]

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 582461/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, Julgamento: 18/05/2011) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DO TRIBUTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. “CÁLCULO POR DENTRO”. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sistemática de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, denominada “cálculo por dentro”, não ofende a Constituição Federal. Precedente: RE 582.461, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(RE 524031 AgR/SP, Relator Min. AYRES BRITTO, STF - Segunda Turma, Julgamento: 30/08/2011) (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhece a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Segundo o teor da ementa:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. 2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

[...]”

Seguindo as mesmas conclusões, destaco, ainda, precedentes desta Corte Regional e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO POR DENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE nº 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do “cálculo por dentro”, ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que “o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo” (RE nº 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do “cálculo por dentro” do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5019900-63.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 2ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2018) (grifei)

“APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

[...]

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas -, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se lembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições.”

(AC 5002171-57.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, Publicação DJE 10.12.2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual incluem-se os tributos sobre ela incidentes, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

2. Descabida a simples aplicação do posicionamento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, uma vez que se trata de discussão envolvendo tributo diverso, qual seja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em processos subjetivos, o que se julga é a exigência tributária concreta, não uma tese abstrata.

3. É permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção legal. Inteligência do RE 582461, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, e do Resp 1144469/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2016.”

(AC 5000842-35.2018.4.04.7203, Relator ROGER RAUPP RIOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 10/10/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO, CÁLCULO POR DENTRO.

As contribuições para PIS e COFINS compõem as suas próprias bases de cálculo. Essas contribuições não têm em sua constituição modelar a expectativa de não-cumulatividade atribuída ao ICMS.”

(AC 5024285-90.2018.4.04.0000, Relator MARCELO DE NARDI, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 12/12/2018) (grifei)

Desse modo, afigurando-se legítima a incidência de tributo sobre tributo, e não havendo determinação legal ou decisão vinculante que exclua as contribuições PIS e COFINS de suas próprias bases de cálculo, o caso é de rejeição de tal pedido.

Ante o exposto, de ofício, **DENEGO** a segurança, no tocante ao pedido de exclusão das contribuições do PIS e da COFINS de sua base de cálculo e **NEGO PROVIMENTO** à remessa Oficial e ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA CITRA PETITA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL. APRECIÇÃO DIRETA DO PEDIDO OMITIDO. POSSIBILIDADE. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706.

1. Preliminarmente, o atual Código de Processo Civil preleciona que, ocorrendo a omissão do julgado, o Tribunal poderá julgá-lo, desde que a causa se encontre madura para julgamento, nos termos do artigo 1.013, § 3º, inciso III, daquele diploma legal. Isto decorre do princípio da celeridade, afastando-se a decretação de nulidade total do julgado, aproveitando-se daquilo que já decidido e adentrando no quanto não apreciado.

2. Segundo o entendimento proferido no REsp nº 1.111.164/BA, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73, se a impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação ou repetição tributária, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa. Precedentes do STJ.

3. A jurisprudência do e. 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

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. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

6. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

7. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

8. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.

9. 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.

10. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

11. 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.

12. 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.

13. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

14. Segurança denegada, de ofício, com relação ao pedido de exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DENEGOU a segurança, no tocante ao pedido de exclusão das contribuições do PIS e da COFINS de sua base de cálculo e NEGOU PROVIMENTO à remessa Oficial e ao recurso de apelação. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5031240-03.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: PEDRO BELLINTANI BALEOTTI

JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 26ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogado do(a) PARTE AUTORA: NORMAN PROCHET NETO - PR57887-A

PARTE RÉ: INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Advogados do(a) PARTE RÉ: ROBERTO TAMBELINI - SP355916-A, SAMUEL MACARENCO BELOTI - SP123813-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5031240-03.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: PEDRO BELLINTANI BALEOTTI

JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 26ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogado do(a) PARTE AUTORA: NORMAN PROCHET NETO - PR57887-A

PARTE RÉ: INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Advogados do(a) PARTE RÉ: ROBERTO TAMBELINI - SP355916-A, SAMUEL MACARENCO BELOTI - SP123813-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por **PEDRO BELLINTANI BALEOTTI** contra ato coator atribuído ao **REITOR DA UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**, objetivando tutela jurisdicional com vistas a garantir o restabelecimento do vínculo estudantil entre as partes.

Narra o impetrante, na inicial, que era aluno regularmente matriculado no curso de Direito do Campus Higienópolis da Universidade Mackenzie. E que, no final de outubro de 2018, por terem dois vídeos gravados por ele, com manifestações políticas, sido veiculados nas redes sociais (Facebook e Instagram), foi instaurado o processo administrativo disciplinar PAD nº 25/18, sob a modalidade sindicância, culminando, ao final, na aplicação da sanção de desligamento da Universidade.

Sustenta que o procedimento administrativo fora irregular, porquanto a Comissão Sindicante deveria ter sido formada por cinco membros, e não apenas 3, como aconteceu. Defende ser impossível a aplicação da sanção sem o relatório da comissão processante disciplinar, porquanto ofende o princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

O MM. Juiz de primeiro grau deferiu parcialmente o pedido de liminar, concedendo, ao final a segurança pleiteada, para anular a decisão de desligamento do impetrante, devendo a autoridade impetrada proceder ao imediato restabelecimento do vínculo com a Universidade.

Sem recurso voluntário, subiram os autos a essa Corte Regional, por força do disposto no §1º, do art. 14, da Lei 12.016/2009.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do e. Procurador Regional da República, Marlon Alberto Weichert, manifestou-se pelo provimento parcial da remessa oficial, para *confirmar a anulação do ato de desligamento do impetrante da Universidade, determinando-se, porém, que autoridade coatora adote as providências para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar; observadas as normas regulamentares da Universidade e o devido processo legal.*

É o sucinto relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5031240-03.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: PEDRO BELLINTANI BALEOTTI

JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 26ª VARA FEDERAL CÍVEL

Advogado do(a) PARTE AUTORA: NORMAN PROCHETNETO - PR57887-A

PARTE RÉ: INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Advogados do(a) PARTE RÉ: ROBERTO TAMBELINI - SP355916-A, SAMUEL MACARENCO BELOTI - SP123813-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno da regularidade do processo administrativo disciplinar PAD nº 25/2018, que culminou na pena de desligamento do impetrante da Universidade.

Pois bem.

Como é sabido, o artigo 207 da Constituição preceitua a autonomia universitária, nos seguintes termos:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Ocorre que, muito embora a Constituição assegure a autonomia universitária às instituições de ensino superior, esta autonomia não é ilimitada, uma vez que estas devem respeitar, em seus procedimentos administrativos disciplinares, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Como é cediço, o art. 5º, LV, da Constituição Federal/88, assegura aos acusados em geral o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, tanto em processo judicial quanto administrativo. Veja-se:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Nessa senda, não se afigura razoável a atitude da instituição de ensino de proceder ao desligamento do aluno sem a fiel observância ao devido processo legal, instituído, inclusive, no regimento interno da Universidade.

Sobre o assunto, colaciono os seguintes precedentes:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR PENA DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO DE ALUNO. NÃO OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. APELAÇÃO PROVIDA. INCABÍVEL HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Constata-se que embora tenha sido possibilitada a apresentação de defesa escrita pelo apelante, no prazo de 10 dias, após a abertura da sindicância em 04.08.2015, todas as provas de acusação, incluindo depoimentos, ocorreram sem a presença do mesmo, que sequer foi convocado para tal ato. 2. Destarte, evidencia-se que nos autos da sindicância administrativa não foi oportunizado ao apelante o direito do contraditório e da ampla defesa, em total afronta ao princípio constitucional disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. 3. Assim sendo, servindo a mencionada sindicância de instrumento para a imposição de penalidade administrativa, certamente, deveriam ter sido observadas as garantias constitucionais, o que não ocorreu no caso dos autos, razão pela qual a reforma da sentença é medida que se impõe. 4 .Apelação provida.” (AMS 00162914920154036105, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/08/2017.)

“CONSTITUCIONAL - ENSINO SUPERIOR - NÃO DEVOUÇÃO DE LIVROS RETIRADOS DA BIBLIOTECA - SUSPENSÃO - AFRONTA AO REGIMENTO INTERNO. 1. A instituição de ensino tem ao seu dispor as vias adequadas para reaver ou de ser ressarcida de livros retirados do acervo da biblioteca. Mostra-se desproporcional a suspensão do aluno por período indeterminado, mormente por ser a educação direito expressamente assegurado nos artigos 6º, 205 e 205 da Constituição Federal. 2. A imposição de penalidade pela instituição de ensino, por expressa disposição constitucional, exige o prévio procedimento administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). Neste sentido, a impetrada descumpriu o artigo 84 de seu regimento interno, o qual implementa a garantia constitucional no âmbito acadêmico.” (REOMS 00029595720074036117, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/05/2012.)

Ainda a esse respeito colaciono julgado do e. TRF da 1ª Região:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. ENSINO SUPERIOR. PENALIDADE APLICADA A ESTUDANTE. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. INDÍCIOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Incabível a aplicação de sanção disciplinar aos alunos de estabelecimento de ensino, sem que lhes seja garantido o contraditório e a ampla defesa. Precedente.

2. No caso dos autos, a Administração apurou os fatos - prática de "trote" em alunos calouros, que teriam sido lesionados com queimaduras de 1º e 2º grau - em procedimento administrativo semelhante à sindicância e, neste procedimento, verifica-se a ocorrência dos seguintes vícios: i) não foram definidos os fatos supostamente realizados por cada aluno envolvido; ii) não foram individualizadas as condutas praticadas por cada um desses estudantes e iii) não houve abertura de prazo para defesa e apresentação de eventuais testemunhas.

3. Não obstante se trate de infração disciplinar discente, cuja apuração se infere em um rito mais célere, é impositiva a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que restou desatendido in casu.

4. É o caso, pois, de se confirmar a sentença recorrida, que determinou a suspensão das penalidades aplicadas à impetrante.

5. Remessa oficial a que se nega provimento”.

(REOMS 00010258220124013809- REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 00010258220124013809-Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES-TRF1-QUINTA TURMA-e-DJF1 DATA:22/07/2015 PAGINA:408)

Extrai-se dos autos que a autoridade impetrante instaurou o Processo Administrativo Disciplinar PAD nº 25/2018, na modalidade Sindicância, com o objetivo de “apurar a realidade dos fatos narrados”, designando 3 professores para compor a Comissão Sindicante – que, ao final, opinou pelo desligamento do aluno da Instituição.

Ocorre que o art. 20, do Código de Decoro Acadêmico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, prevê que a Comissão de Processamento Disciplinar deve ser composta por **cinco membros**, consoante disposto no art. 20, do referido Código.

Como se pode depreender, o processo disciplinar conteve irregularidades, que foram inclusive confirmadas pela autoridade impetrada em suas informações, em que se afirmou: “a forma do procedimento e a composição da Comissão não foi a mais adequada, como bem observou Vossa Excelência, tendo inclusive considerado que há irregularidades que devem ser sanadas e que oportunamente serão”.

Assim, percebe-se que a pena de desligamento aplicada pela Instituição, além de ter contrariado o princípio do devido processo legal, afrontou, inclusive, o artigo 20 do Regimento Interno da própria instituição de ensino. Por isso, o ato de desligamento do impetrante, por meio da Portaria RE 119/2018 (Id 13164037), deve ser cancelado, o que não impede que novo processo administrativo seja novamente instaurado.

De fato, não há como ratificar a manutenção de ato administrativo que contrariou garantias constitucionais tão caras ao Estado Democrático de Direito, tais como: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mormente porque no presente *writ* não se discute a ocorrência ou não dos fatos que culminaram na punição, mas sobre o respeito de garantias constitucionais como condição para imputar a responsabilidade ao discente.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária, mantendo *in totum* a sentença do juízo a quo, tal como lançada.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL. ENSINO SUPERIOR. PENALIDADE. DESLIGAMENTO. DEVER DE OBEDENCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Caso em que se discute a regularidade do processo administrativo disciplinar PAD nº 25/2018, que culminou na pena de desligamento do impetrante da Universidade.
2. Muito embora a Constituição assegure a autonomia universitária às instituições de ensino superior, esta autonomia não é ilimitada, uma vez que estas devem respeitar, em seus procedimentos administrativos disciplinares, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
3. A atitude da instituição de ensino de proceder ao desligamento do aluno sem a fiel observância ao devido processo legal não se afigura razoável.
4. Extrai-se dos autos que a autoridade impetrante instaurou o Processo Administrativo Disciplinar PAD nº 25/2018, na modalidade Sindicância, com o objetivo de “apurar a realidade dos fatos narrados”, designando 3 professores para compor a Comissão Sindicante – que, ao final, opinou pelo desligamento do aluno da Instituição.
5. Ocorre que o art. 20, do Código de Decoro Acadêmico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, prevê que a Comissão de Processamento Disciplinar deve ser composta por **cinco membros**, consoante disposto no art. 20, do referido Código.
6. Como se pode depreender, o processo disciplinar conteve irregularidades, que foram inclusive confirmadas pela autoridade impetrada em suas informações, em que se afirmou: “*a forma do procedimento e a composição da Comissão não foi a mais adequada, como bem observou Vossa Excelência, tendo inclusive considerado que há irregularidades que devem ser sanadas e que oportunamente serão*”.
7. Assim, percebe-se que a pena de desligamento aplicada pela Instituição, além de ter contrariado o princípio do devido processo legal, afrontou, inclusive, o artigo 20 do Regimento Interno da própria instituição de ensino. Por isso, o ato de desligamento do impetrante, por meio da Portaria RE 119/2018 (Id 13164037), deve ser cancelado, o que não impede que novo processo administrativo seja novamente instaurado.
8. De fato, não há como ratificar a manutenção de ato administrativo que contrariou garantias constitucionais tão caras ao Estado Democrático de Direito, tais como: o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mormente porque no presente *writ* não se discute a ocorrência ou não dos fatos que culminaram na punição, mas sobre o respeito de garantias constitucionais como condição para imputar a responsabilidade ao discente.
9. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000645-62.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VILLAGE MATERIAIS DE ACABAMENTO LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA MAYRA NERY DE CARVALHO - SP365333-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000645-62.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VILLAGE MATERIAIS DE ACABAMENTO LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA MAYRA NERY DE CARVALHO - SP365333-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **Village Materiais de Acabamento Ltda.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;
- b) após a edição da Lei nº 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica;
- c) em caso de manutenção total ou parcial da recorrida sentença, deve ser declarada a impossibilidade jurídica de compensação dos créditos oriundos do indébito tributário com as contribuições sociais voltadas para o financiamento da previdência social, com fulcro no artigo 89 da Lei nº 8.212/91 c/c artigo 26, parágrafo único da Lei nº 11.457/07.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário a justificar sua intervenção no feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000645-62.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VILLAGE MATERIAIS DE ACABAMENTO LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA MAYRA NERY DE CARVALHO - SP365333-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

De início, não conheço o pedido da União quanto à vedação de realizar a compensação dos créditos oriundos do indébito tributário com as contribuições sociais voltadas para o financiamento da previdência social, uma vez que houve reconhecimento expresso do referido pleito na r. sentença, ora combatida.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Pois bem

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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 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.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **05/04/2017** 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. *Entretentes, 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.

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-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, **não conheço** o pedido da União quanto à vedação de se realizar a compensação dos créditos oriundos do indébito tributário com as contribuições sociais voltadas para o financiamento da previdência social; e, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000645-62.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VILLAGE MATERIAIS DE ACABAMENTO LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA MAYRA NERY DE CARVALHO - SP365333-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. ARTIGO 170-A, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PEDIDO DA UNIÃO QUANTO À VEDAÇÃO DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO COM AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS VOLTADAS PARA O FINANCIAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.
2. No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.
3. A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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).
4. 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.
5. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
6. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
7. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
8. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. Faz-se 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.
10. 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, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
11. 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.
12. Pedido da União quanto à vedação de se realizar a compensação dos créditos oriundos do indébito tributário com as contribuições sociais voltadas para o financiamento da previdência social não conhecido.
13. Recurso de apelação da União e remessa necessária desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu o pedido da União quanto à vedação de se realizar a compensação dos créditos oriundos do indébito tributário com as contribuições sociais voltadas para o financiamento da previdência social; e, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação supra., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002823-28.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA FOGLIATTO LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: ADRIANO RODRIGO ROSA - SP399566-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **TRANSPORTADORA FOGLIATTO LTDA.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;

b) após a edição da Lei nº 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da e. Procuradora Regional da República, Maria Luiza Grabner, deixou de exarar parecer, opinando pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002823-28.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA FOGLIATTO LTDA - EPP

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, coma análise da remessa necessária.

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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 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.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **27/04/2018** 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 constitui 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 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.

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-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 da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDOS.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. A jurisprudência do Excelso 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **27/04/2018**.

8. 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.

9. 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.

10. Recurso de apelação da União e remessa necessária desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015892-45.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A
APELADO: MUNICIPIO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: FABIANA MEILI DELLAQUILA - SP182406
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0015892-45.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A
APELADO: MUNICIPIO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: FABIANA MEILI DELLAQUILA - SP182406
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de apelação em ação de repetição de indébito ajuizada pela **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)** em face do **Município de São Paulo** requerendo, em suma, a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de Imposto sobre Serviços (ISS) para o Município de São Paulo, em montante correspondente a R\$ 1.687.731,80 (um milhão, seiscentos e oitenta e sete mil, setecentos e trinta e um reais e oitenta centavos), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora de 1% a partir do efetivo recolhimento das quantias.

A sentença julgou o processo extinto sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por entender que não estaria comprovada a legitimidade ativa da ECT para pleitear a restituição de valores, nem que os recolhimentos efetuados teriam sido exclusivamente relativos a serviços postais.

A ECT interpôs apelação, aduzindo, em síntese:

a) que a sentença deve ser reformada, pois o tomador de serviços não é contribuinte, e sim responsável pelo recolhimento do ISS, razão pela qual a ECT possui legitimidade para pedir a restituição dos valores;

b) subsidiariamente, que a verba honorária seja reduzida.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório. Peço dia.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015892-45.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A
APELADO: MUNICIPIO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: FABIANA MEILI DELLAQUILA - SP182406
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a autora obter a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de Imposto sobre Serviços (ISS) para o Município de São Paulo, em montante correspondente a R\$ 1.687.731,80 (um milhão, seiscentos e oitenta e sete mil, setecentos e trinta e um reais e oitenta centavos), devidamente atualizado e acrescido de juros de mora de 1% a partir do efetivo recolhimento das quantias.

De fato, a imunidade recíproca está prevista no artigo 150, VI, "a" e §2º da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

[...]

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes." (grifei)

A Constituição Federal, portanto, retirou da competência dos entes tributantes a criação de impostos sobre renda, patrimônio e serviços uns dos outros. Estendeu, ainda, a imunidade às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Tal dispositivo visa proteger o federalismo, valor essencial erigido pela nossa Constituição Federal, mormente porque está insculpido no artigo 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal como cláusula pétreia.

Apesar de estar disposta literalmente a extensão da imunidade recíproca apenas às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, a doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem que essa imunidade também é aplicável às sociedades de economia mista.

No caso específico da ECT, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, até mesmo em sede de repercussão geral, que incide a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal. Citem-se:

"Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 601392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013) (grifei)

“Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE nº 407.099/RS, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 6/8/04, firmou-se no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública prestadora de serviço público, é beneficiária da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição da República. Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário desta Corte na ACO nº 765/RJ, Redator para o acórdão o Ministro Menezes Direito. 2. Ação cível originária julgada procedente.” (ACO 789, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-194 DIVULG 14-10-2010 PUBLIC 15-10-2010 EMENT VOL-02419-01 PP-00001) (grifei)

“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal. Incidência da Imunidade do art. 150, VI, a da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT. 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio. 4. O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos. 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos. 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas. (RE 627051, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-028 DIVULG 10-02-2015 PUBLIC 11-02-2015) (grifei)

Sendo assim, resta evidente que a ECT faz jus à imunidade tributária recíproca.

Quanto à restituição dos valores recolhidos indevidamente, entendeu o juízo *a quo* que a ECT não poderia pleiteá-la, pois não teria legitimidade ativa para tanto.

De fato, o ISS pode ser um tributo direto ou indireto, e incumbe à parte comprovar que não houve repasse dos valores ao tomador dos serviços, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgado prolatado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE, IN CASU. ART. 166 DO CTN.

1. O ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto.

2. A pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre a locação de bens móveis (cilindros, máquinas e equipamentos utilizados para condicionamento dos gases vendidos), hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter a mesma transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los, o que não ocorreu in casu, consoante dessume-se do seguinte excerto da sentença, in verbis: "Com efeito, embora pudesse o autor ter efetuado a prova necessária, que lhe foi facultada, deixou de demonstrar que absorveu o impacto financeiro decorrente do pagamento indevido do ISS sobre a operação de locação de móveis, ou que está autorizado a demandar em nome de quem o fez.

Omitiu prova de que tenha deixado de repassar o encargo aos seus clientes ou que tenha autorização destes para buscar a repetição, conforme exigência expressa inscrita no art. 166 do CTN." 3. Precedentes: REsp 1009518/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; AgRg no AgRg no REsp 947.702/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009; AgRg no REsp 1006862/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 989.634/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 10/11/2008; AgRg no REsp n.º 968.582/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 18/10/2007; AgRg no Ag n.º 692.583/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 14/11/2005; REsp n.º 657.707/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 16/11/2004).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1131476/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010) (grifei)

Na mesma toada, a jurisprudência deste Tribunal:

“TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ISS - CORREIOS - ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. No caso concreto, a apelante não comprovou que assumiu o encargo financeiro ou que está autorizada a pleitear a restituição.

2. O tributo foi recolhido em nome do tomador do serviço (ID n.º 3665845).

3. A alegação de que o preço do serviço é determinado pelo Ministério das Comunicações não tem pertinência, porque não há certeza de que o valor do ISS foi desconsiderado.

4. Apelação improvida.”

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5010000-55.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 18/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/03/2019) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS/ECT. PRETENDIDA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO REFERENTE A ISS, RECOLHIDO EM FAVOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. TRIBUTO INDIRETO, A EXIGIR A PROVA DE QUE NÃO HOUVE REPASSE DO TRIBUTO AO TOMADOR DOS SERVIÇOS (OU A AUTORIZAÇÃO DELE PARA QUE O PRESTADOR BUSQUE A REPETIÇÃO). AUSENTE ESSA PROVA - QUE INCUMBIA AO AUTOR FAZER PELA VIA DOCUMENTAL - RECONHECE-SE A ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA PÚBLICA (PRECEDENTES). INTELIGÊNCIA DO ART. 166 DO CTN EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTA CORTE REGIONAL. APELO PREJUDICADO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal adotou, no julgamento do RE n.º 601.392, com repercussão geral, o entendimento de a imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal incide sobre todos os serviços prestados pela ECT, sendo irrelevante o exercício simultâneo pela ECT de atividades em regime de exclusividade e em regime de concorrência.

2. Sucede que, conforme entendimento pacificado pelo STJ, sob o regime do art. 543-C, o ISS é espécie tributária que, a depender do caso concreto, pode se caracterizar como tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 1.2.2010). E, assumindo natureza indireta, é imprescindível que o contribuinte de direito demonstre que não repassou o encargo financeiro do tributo ao tomador de seus serviços ou que está autorizado por ele a pleitear a repetição, conforme estabelece o art. 166 do CTN.

3. Cenário dos autos que não permite concluir pela ausência de translação do encargo econômico-financeiro ao tomador dos serviços prestados pela ECT, na medida em que não há nada nos autos que efetivamente demonstre que a autora deixou de incluir o ISS no preço dos serviços prestados; ausência de qualquer prova, também, de que foi "autorizada" a buscar a repetição.

4. Consoante jurisprudência remansosa desta Corte, o fato de os valores dos serviços prestados pela ECT serem tabelados pelo Ministério das Comunicações não tem o condão, por si só, de comprovar a ausência do repasse do encargo tributário ao tomador; pois não se pode presumir que referidos valores tenham desconsiderado, em sua composição, o ISS. Ademais, o STJ já decidiu que regra inserta no art. 166 do CTN incide mesmo em casos de preços controlados pelo Governo (REsp 1191469/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 17/05/2016).

5. Reconhecimento da ilegitimidade ativa da ECT, conforme arguido pelo réu em preliminar de contestação, com extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73 (art. 485, VI, do CPC/15), mantendo-se a sucumbência fixada na sentença. Apelação prejudicada."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1852828 - 0012472-32.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 26/01/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/02/2017) (grifei)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. IMUNIDADE RECÍPROCA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. ART. 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Quanto à legitimidade ativa, em razão do artigo 166, CTN, assentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao ISS, de que o mesmo pode assumir a natureza de tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC), classificação essa que dependerá de análise, caso a caso, de existência de vinculação entre o valor auferido pelos serviços prestados e o tributo devido.

2. Nos casos em que o ISS assume a feição de tributo indireto, seu recolhimento guarda relação com cada nota fiscal emitida, possibilitando, dessa forma, a transferência do encargo financeiro, razão por que a sua restituição exige a prova relativa à inexistência do repasse da exação, nos termos do art. 166 do CTN.

3. No caso dos autos, o ISS tem como base de cálculo o preço do serviço (artigo 177 da Consolidação da Legislação Tributária do Município de São Paulo, aprovado pelo Decreto 52.703/2011, artigo 14 da Lei 13.701/2003, e artigo 17 do Decreto 53.151/2012), permitindo a transferência do ônus financeiro ao tomador do serviço, fato que se encontra, inclusive, provado nos autos, pois nas guias de arrecadação municipal - DAMSP, juntadas pela própria autora, constam como contribuinte ou responsável o tomador do serviço, relativo à fatura emitida pela prestação de serviços pela ECT (por exemplo: f. 36, 39, 44, 49 e 54).

4. Logo, inofensivo, pela prova dos autos, que o contribuinte de fato foi o tomador do serviço e não a prestadora do serviço, daí porque manifesta a ilegitimidade ativa da ECT para postular a repetição de indébito do ISS, sem a expressa autorização dos que recolheram o tributo, nos termos do artigo 166, CTN, e da jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. Agravo inominado desprovido." (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1928581 - 0010267-25.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 06/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/08/2015) (grifei)

No caso em comento, em que pese os documentos juntados aos autos pela ECT, não houve comprovação de que não repassou o encargo financeiro do tributo aos tomadores de serviços ou que está autorizado por eles a pleitear a repetição, razão pela qual não há que se falar em repetição do indébito tributário.

Desse modo, deve ser mantida tal como lançada a sentença que julgou o processo extinto sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, cumpre ressaltar que a decisão recorrida foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, de modo que a questão dos honorários deve ser decidida na instância recursal com base nesse mesmo diploma legal.

Acrescente-se que, quando vencida a Fazenda Pública, como no caso em tela, o arbitramento da verba honorária deve, igualmente, contemplar o princípio da equidade, não se restringindo aos percentuais mínimo e máximo, de 10% e 20%, constantes do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973. Essa é a melhor inteligência do § 4º do mesmo dispositivo legal, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE. 1. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade. 2. Nas demandas de cunho declaratório, até por inexistir condenação pecuniária que possa servir de base de cálculo, os honorários devem ser fixados com referência no valor da causa ou em montante fixo. 3. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 4. Tratando-se de ação ordinária promovida pelo contribuinte para obter a declaração judicial de seu direito à compensação tributária segundo os critérios definidos na sentença - não havendo condenação em valor certo, já que o procedimento deverá ser efetivado perante a autoridade administrativa e sob os seus cuidados -, devem ser fixados os honorários de acordo com a apreciação equitativa do juiz, não se impondo a adoção do valor da causa ou da condenação, seja porque a Fazenda Pública foi vencida, seja porque a demanda ostenta feição nitidamente declaratória. 5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008." (REsp 1155125/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 1ª SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 06/04/2010) (grifei)

Ou seja, no juízo de equidade, o magistrado deve levar em consideração o caso concreto, em face das circunstâncias previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do artigo 20, do Código de Processo Civil de 1973, podendo adotar, como base de cálculo, o valor da causa, o valor da condenação ou arbitrar valor fixo.

Não há óbice, portanto, ao afastamento dos limites mínimo e máximo estipulados no § 3º daquele dispositivo, atentando-se apenas para que o montante fixado não seja inferior a 1% do valor da causa ou da execução, sob pena de ser considerado irrisório. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. VALOR DA CAUSA, DA CONDENAÇÃO OU DO VALOR FIXO. MODIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. "Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade" (REsp 1.155.125/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10.3.2010, DJe 6.4.2010). 2. A fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador ante as circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual insuscetível de revisão em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. 3. O afastamento do óbice apontado somente é possível quando a verba honorária é fixada em patamar exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu na espécie, ante a justificação do tribunal para fixá-la em patamar condizente com o caráter menos complexo da exceção de pré-executividade (1% sobre o valor da execução). (...)" (AgRg no REsp 1572665/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016) (grifei)

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211 DO STJ. RESTITUIÇÃO DE INDEBITO PELO IMPORTADOR. PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO. OPERAÇÕES POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI Nº 10.865/04. LIMITES SUBJETIVOS DO PROVIMENTO MANDAMENTAL. REVOLVIMENTO DO TÍTULO EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA. REVISÃO DO QUANTUM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. (...) 4. É cabível a condenação em honorários advocatícios nos embargos à execução, sobretudo em razão do princípio da causalidade. Precedente. 5. **No caso dos autos, os honorários foram fixados em 1% sobre o valor do excesso de execução, percentual que não representa valor exorbitante para fins de revisão em sede de recurso especial.** É cediço nesta Corte que, salvo as hipóteses excepcionais de valor excessivo ou irrisório, não se conhece de recurso especial cujo objetivo é rediscutir o montante da verba honorária fixada pelas instâncias de origem, a teor do enunciado n. 7, da Súmula do STJ. 6. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1573681/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016) (grifei)*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DISCUSSÃO ACERCA DA BASE DE CÁLCULO DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM MENOS DE 1% DO VALOR DA CAUSA. VALOR CONSIDERADO IRRISÓRIO PELO STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA FIXAR OS HONORÁRIOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM 1% SOBRE O VALOR CONTROVERTIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **É absolutamente tranquilo o entendimento, proferido inclusive sob o rito do art. 543-C do CPC, de que a verba honorária arbitrada por equidade, com fundamento no art. 20, § 4o., do CPC, não está adstrita ao patamar entre 10 e 20% referido no § 3º desse dispositivo, podendo ser fixada em percentual do valor da causa ou da condenação ou, ainda, em valor fixo.** 2. Esta Corte tem se balizado na razoabilidade, de modo a coibir o aviltamento do labor do causídico, bem como a desproporcionalidade entre o valor fixado e os critérios adotados, quando estes acabam culminando na irrisoriedade ou na exorbitância. Em vista disso, a jurisprudência do STJ, quando verifica a ocorrência de excesso ou insignificância do valor arbitrado, tem mantido, em diversos casos, a verba honorária em valor que orbita o percentual de 1% do valor da causa, considerando irrisórios os valores que não atingem tal cifra. Esta tem sido a diretriz adotada por ambas as Turmas componentes da Primeira Seção. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 290.468/AL, Rel. Min. OG FERNANDES, 2T, DJe 28.4.2014 e AgRg nos EDcl no AREsp 304.364/RN, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 1T, DJe 5.11.2013. 3. Diante das características da demanda, deve ser fixada a verba honorária dos Embargos à Execução em 1% sobre o valor controvertido, que atinge a cifra de R\$ 1.022.441,12 (um milhão, vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e um reais e doze centavos). 4. Agravo Regimental ao qual se nega provimento." (AgRg no REsp 1220255/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015) – (grifei)*

Na espécie, a natureza e a importância da causa não apresentam complexidade excepcional; o lugar de prestação do serviço é de fácil acesso e o trabalho não demandou tempo de trabalho extraordinário, de modo que a fixação de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa afigura-se exorbitante.

De fato, na data do ajuizamento da ação (em 07.2009), o montante atribuído à causa foi de R\$ 1.687.731,80 (um milhão, seiscentos e oitenta e sete mil, setecentos e trinta e um reais e oitenta centavos), o que corresponde, em valores atualizados até 09.2019, a aproximadamente R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), segundo cálculos efetuados com auxílio do sítio eletrônico <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAOPublico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>.

Assim, cumpre arbitrar os honorários advocatícios em 2% (dois por cento) do valor da causa, o que equivale a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a fim de remunerar adequadamente o patrono da parte vencedora sem, contudo, onerar excessivamente a parte vencida. A correção deve seguir o Manual para Orientação de Cálculos da Justiça Federal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da autora, apenas para fixar os honorários advocatícios em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), mantendo, porém, a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

BEHELENA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ECT. REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 267, VI, CPC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO TRIBUTÁRIO. ART. 166 CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Apesar de estar disposta literalmente a extensão da imunidade recíproca apenas às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, a doutrina e a jurisprudência pátria reconhecem que essa imunidade também é aplicável às sociedades de economia mista.
2. No caso específico da ECT, já decidiu o STF, até mesmo em sede de repercussão geral, que incide a imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal. RE 601392.
3. O ISS pode ser um tributo direto ou indireto, e incumbe à parte comprovar que não houve repasse dos valores ao tomador dos serviços, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional. REsp 1.131.476/RS, prolatado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73 e outros precedentes do STJ e deste Tribunal.
4. No caso em comento, não houve comprovação de que não repassou o encargo financeiro do tributo aos tomadores de serviços ou que está autorizado por eles a pleitear a repetição, razão pela qual não há que se falar em repetição do indébito tributário.
5. Na espécie, a natureza e a importância da causa não apresentam complexidade excepcional; o lugar de prestação do serviço é de fácil acesso e o trabalho não demandou tempo de trabalho extraordinário, de modo que a fixação de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa afigura-se exorbitante.
6. Apelação parcialmente provida, apenas para minorar a verba honorária arbitrada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação da autora, apenas para fixar os honorários advocatícios em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), mantendo, porém, a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001307-36.2015.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANA LUISA BARCELLOS DE MORAES JARDIM - ME
Advogado do(a) APELANTE: MATEUS SOARES DE OLIVEIRA - SP326728-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001307-36.2015.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANA LUISA BARCELLOS DE MORAES JARDIM - ME
Advogado do(a) APELANTE: MATEUS SOARES DE OLIVEIRA - SP326728-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em ação anulatória, com pedido de liminar, ajuizada por **Ana Luísa Barcellos de Moraes Jardim ME** em face da **União**, requerendo, em suma, a reinclusão do Sistema Simples Nacional, tendo em vista a nulidade do ato administrativo que decretou de forma indevida sua revelia no processo administrativo.

O pedido liminar foi indeferido. Em face dessa decisão, a autora interpôs agravo de instrumento, que foi provido (f. 129-136 – ID 90301828).

O juízo *a quo*, no entanto, julgou improcedente o pedido (f. 119-125 – ID 90301828).

A autora interpôs, então, apelação, aduzindo em suma que:

a) a sentença deve ser anulada, pois não analisou nenhum dos argumentos apresentados pela autora e ignorou a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional quando do julgamento do agravo de instrumento, por meio da qual foi concedida a decisão liminar;

b) de acordo com o disposto na Constituição Federal, a ordem econômica deve observar o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, razão pela qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem incentivá-las por meio da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal);

c) a autora possuía uma única parcela do Simples Nacional em atraso, referente ao mês de 03/2014;

d) conforme se depreende do Termo de Deferimento da Opção pelo Simples Nacional, a autora tinha pleno conhecimento de que as comunicações seriam feitas por meio eletrônico em portal próprio, dispensada sua publicação no Diário Oficial e o envio por via postal;

e) não obstante, por motivos desconhecidos, foi indevidamente intimada por edital para se manifestar acerca da exclusão do regime diferenciado em função deste único débito mencionado referente ao mês 03/2014;

f) em 02.02.2015, a autora peticionou junto à Receita Federal do Brasil, informando a falta de intimação, bem como juntando o comprovante de regularidade fiscal e pleiteando a revogação do ADE n.001185069;

g) não obstante, a exclusão foi mantida, tendo sido decretada a revelia, em flagrante violação ao princípio da razoabilidade, bem como ao do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa;

h) a intimação da autora deveria ter sido feita em domicílio fiscal e não por edital, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional e do artigo 23, § 1º, do Decreto 70.235/72, assegurando-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa;

i) a sentença deve ser reformada, para que seja admitida nova intimação da autora em seu domicílio fiscal, devolvendo-lhe o prazo para a apresentação de recurso administrativo, com a suspensão dos efeitos de sua exclusão do Simples Nacional enquanto não definitivamente julgado, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANA LUISA BARCELLOS DE MORAES JARDIM - ME
Advogado do(a) APELANTE: MATEUS SOARES DE OLIVEIRA - SP326728-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Discute-se na presente ação a possibilidade de a autora obter a reinclusão do Sistema Simples Nacional.

Aduz a autora que foi indevidamente intimada por edital para se manifestar acerca da exclusão do Sistema Simples em função de um único débito em aberto, referente ao mês 03/2014.

Acrescenta, ademais, que como não se manifestou, teve decretada sua revelia.

Alega que a intimação deveria ter sido feita em domicílio fiscal e não por edital, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional e do artigo 23, § 1º, do Decreto 70.235/72, assegurando-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa.

De fato, assiste razão à autora.

Nesse passo, dispõe a Lei Complementar 123/06 que:

“Art. 29. (...)

§ 6º Nas hipóteses de exclusão previstas no caput, a notificação:

I - será efetuada pelo ente federativo que promoveu a exclusão; e

II - poderá ser feita por meio eletrônico, observada a regulamentação do CGSN.”

A autora colacionou aos autos o edital (f. 52-53 – ID 90301828), que comprova a intimação por edital, bem como o Termo de Revelia (f. 54 – ID 90301828).

Da análise dos documentos juntados aos autos, todavia, verifica-se que a ré não demonstrou que a autora teria sido devidamente notificada de sua exclusão do Simples Nacional.

É cediço que incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, II, do Código de Processo Civil.

A respeito da intimação, o Decreto 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, prevê que:

“Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador; na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.”

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.”

Logo, a intimação por meio de publicação no órgão de imprensa local é subsidiária e somente deve ser realizada se tiver resultado inócua a intimação pela via postal ou por meio eletrônico com prova de recebimento.

Resta evidente, destarte, que a intimação da exclusão do Simples Nacional não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser desconsiderada, conforme entendimento assente na jurisprudência:

“AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL. SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. EXCLUSÃO DE OFÍCIO ATRAVÉS DE ATO DECLARATÓRIO FISCAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. NULIDADE DA INTIMAÇÃO EDITALÍCIA. DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA DEFESA QUE É DE RIGOR. REINCLUSÃO NO SIMPLES QUE É DEVIDA. DOCUMENTO EXTEMPORÂNEO. PRECLUSÃO. DOCUMENTO NOVO NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. In casu, foi constatada pendência, consistente nas inscrições de débitos não previdenciários, motivando a exclusão da autora do Simples Nacional, nos termos do Edital Eletrônico nº 419744 de 31/10/2012 e conforme disposto no inc. V, art. 17, da LC nº 123.

2. A autora impugnou administrativamente sua exclusão, alegando, em síntese, que não tomou ciência do ADE de Exclusão, o qual foi publicado por edital em 31/10/2012, sem qualquer tentativa de envio de caixa postal ou pessoal, sem, contudo, obter êxito no âmbito da Receita Federal, que manteve sua exclusão do programa, conforme Despacho Decisório nº 530/2013.

3. É pacífica a jurisprudência no sentido de que a exclusão de ofício do regime do SIMPLES, através de ato declaratório fiscal, exige a garantia do contraditório e a ampla defesa. Desta feita, no caso vertente, inexistindo prova oportunamente apresentada da prévia tentativa de intimação do contribuinte, a legitimar a utilização da via editalícia, a intimação operada na espécie revela-se nula, sendo de rigor a devolução do prazo de defesa ou regularização dos débitos, que, inclusive, restou comprovada nos autos, no qual consta o parcelamento dos débitos em questão.

4. De outra parte, não há como acolher a alegação extemporânea de que houve êxito na notificação da agravada, por carta. A prova da eficácia do meio empregado para a ciência do contribuinte, existente ao tempo da regular instrução processual, deveria ter sido juntada aos autos no momento apropriado, encontrando-se a produção de tal prova acobertada pela preclusão.

5. Ademais, não há elementos que evidenciam tratar-se de documento novo ou situação de fato superveniente somente possível de ser documentada após a propositura da ação e à prolação da sentença de primeiro grau, que justificasse sua apresentação somente nessa fase recursal.

6. Com efeito, o agravante poderia ter diligenciado a fim de trazer aos autos o documento supramencionado em momento oportuno na fase de conhecimento, mas não o fez.

7. Na hipótese sequer se aplica o art. 435 do CPC/2015 (art. 397, do CPC/1973), posto ser taxativo ao autorizar que somente é possível a juntada de documento novo acerca de fatos ocorridos depois dos articulados.

8. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante e o teor dos julgados colacionados às razões recursais, não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há, pois, elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática." (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2124981 - 0001047-96.2014.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 16/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2017) (grifei)

"DIREITO ADMINISTRATIVO-FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO CONTRIBUINTE DO SIMPLES SEM COMPROVAÇÃO DE PRÉVIA TENTATIVA DE INTIMAÇÃO PARA QUITAR OS DÉBITOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que a exclusão de ofício do regime do SIMPLES, através de ato declaratório fiscal, exige a garantia do contraditório e da ampla defesa. 2. Consta dos autos que, por meio de edital eletrônico, publicado entre 23/10/2014 e 07/11/2014, o contribuinte, ora agravante, foi cientificado de sua exclusão do SIMPLES Nacional pelo Ato Declaratório Executivo 001013842 e "intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste Edital, efetuar a regularização dos débitos ou apresentar impugnação, por escrito", sob pena de "a exclusão do Simples Nacional tornar-se definitiva". Somente em 30/01/2015, foi enviada comunicação eletrônica à caixa postal da agravante, intimando-a à regularização dos débitos pendentes, que se verificou serem os mesmos motivadores de sua exclusão de ofício do Simples Nacional. 3. Inexistindo prévia tentativa de intimação do contribuinte, a legitimar a utilização da via editalícia, a intimação operada na espécie revela-se nula, sendo de rigor a devolução do prazo de defesa ou regularização da pendência - que, inclusive, já se comprovou sanada, com a devida quitação em 27/02/2015. 4. Agravo inominado desprovido." (TRF3, 3ª Turma, Des. Fed. Carlos Muta, AI 561578, j. 08/10/15, DJF3 16/10/15) (grifei)

"TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES - ATO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSÃO - INTIMAÇÃO POR EDITAL - MEIO SUBSIDIÁRIO DE CIENTIFICAÇÃO - ART. 23, DECRETO Nº 70.235/72 - NULIDADE RECONHECIDA. 1. Nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, no âmbito administrativo o princípio do devido processo também se realiza através da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral. 2. Previsão legal de intimação do contribuinte preferencialmente de forma pessoal, ou ainda, por via postal, telegráfica ou qualquer outro meio, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito, procedendo-se à intimação por edital somente quando esses meios se revelassem improficuos (art. 23 do Decreto n.º 70.235/72, na redação vigente à época dos fatos). 3. No caso sob exame, não houve comprovação da adoção, no processo administrativo de exclusão do SIMPLES, de providências tendentes à intimação da interessada por um dos meios preferenciais do art. 23 do Decreto n.º 70.235/72, motivo pelo qual não se pode considerar válida a expedição do edital noticiado nos autos. A propósito de haver a Fazenda utilizado o edital como meio único de intimação da autora, os documentos acostados aos autos não deixam qualquer dúvida. 4. Apelação provida em parte para assegurar o prosseguimento do procedimento administrativo com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Honorários advocatícios a cargo de cada uma das partes em relação a seus procuradores, diante da sucumbência recíproca." (TRF3, 6ª Turma, Des. Fed. Rel. Mairan Maia, AC 1510697, j. 11/06/15, DJF3 19/06/15) (grifei)

Demais disso, cumpre ressaltar que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa devem ser observados na esfera administrativa não só na sua dimensão formal, como também na sua dimensão substancial, conforme já decidiu este Tribunal:

*“DA NULIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - NULIDADE ABSOLUTA - TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - FALSIDADE DOS FATOS QUE FUNDAMENTAM O ATO ENSEJA A NULIDADE DESSE - DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (POSSIBILIDADE DE INFLUENCIAR A DECISÃO) - NÃO APRECIÇÃO DAS IMPUGNAÇÕES/DEFESAS ADMINISTRATIVAS. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA CEF PARA AS EXECUÇÕES DE FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARTIGO 20, §4º DO CPC - PORCENTUAL RAZOÁVEL. I. O princípio processual segundo o qual não se reconhece nulidade sem que seja demonstrado o prejuízo não é suficiente para ensejar o provimento do apelo, posto que, na hipótese dos autos, trata-se de nulidade absoluta. II. Segundo a teoria dos motivos determinantes, acolhida pelo nosso ordenamento, a Administração fica vinculada aos motivos enunciados como fundamento para sua decisão. Nesse passo, sendo demonstrado que os fatos lançados pela Administração como fundamento para a sua decisão são falsos - ocorrência de revelia -, o ato administrativo (processo administrativo) é de ser reputado nulo. III. **Os sub-princípios do contraditório e ampla defesa - corolários do devido processo legal - devem ser observados também na esfera administrativa não só na sua dimensão formal, como também substancial. O ordenamento não se satisfaz com a mera intimação da parte para que ela se manifeste, exigindo, antes, que a ela seja assegurada a possibilidade de influenciar no julgamento.** Logo, não basta que o administrado seja intimado para apresentar defesa. De rigor, além disso, que a sua defesa e provas sejam devidamente apreciadas, sendo esta a razão de ser da exigência à motivação dos atos judiciais e administrativos. A inobservância disso acarreta inegável prejuízo ao administrado, autorizando o reconhecimento da nulidade absoluta que se opera. IV (...) VI. Recursos improvidos. (AC 00042339220024036000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/05/2011 PÁGINA: 434 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)*

*“ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA CAPITANIA FLUVIAL DA HIDROVIA TIETÊ-PARANÁ. ART. 23, VIII, DO DECRETO Nº 2.596/98. LEI Nº 9.537/97. DESMEMBRAMENTO DE COMBOIO. SUSPENSÃO DO CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO AO COMANDANTE DO COMBOIO. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Considerando o disposto no artigo 22, X, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 9.537/97, a autuação lavrada por infração ao artigo 23, VIII, do Decreto nº 2.596/88 não padece do vício de ilegalidade, porquanto expressamente autorizada por lei, a qual conferiu à autoridade marítima a competência para elaborar normas relativas ao tráfego e permanência das embarcações nas águas sob jurisdição nacional, bem como sua entrada e saída de portos, atracadouros, fundeadouros e marina (art. 4º). 2. O auto de infração lavrado contém a devida descrição da conduta perpetrada pelo autor; o que afasta a alegação de ausência de fundamentação, pois descritos, de forma suficiente, os fatos ocorridos e passíveis de enquadramento na norma, sendo desnecessária motivação detalhada. Há, ainda, a expressa indicação do dispositivo legal violado e da penalidade imputada, de molde a possibilitar o pleno exercício do direito à ampla defesa. 3. **No que tange à alegação de cerceamento de defesa e violação ao devido processo legal, verifico não ter sido o autor efetivamente notificado da lavratura, bem assim do julgamento do auto de infração.** Consta do Auto de Infração, da Notificação para Comparecimento e do julgamento realizado, apenas a ciência do preposto do armador (f. 190/193). Porém, tratando-se a suspensão do Certificado de Habilitação de penalidade a ser aplicada pessoalmente ao Comandante, entendo ser indispensável sua notificação para apresentação de defesa. Assim, não se afigura plausível, nesta hipótese específica, que sua intimação seja suprida pela mera ciência do preposto do armador: 4. **Vigoram no processo administrativo os preceitos constitucionais atinentes à ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV), os quais não foram observados na aplicação da pena de suspensão, esta com efeitos deletérios sobre o autor, por impedir o exercício de sua profissão no período de afastamento (trinta dias), sendo indispensável sua notificação, seja acerca da lavratura do auto de infração ou do julgamento que culminou na aplicação da sanção.** 5. **Impõe-se o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo, o qual culminou no julgamento administrativo que resultou na aplicação da pena de suspensão, em razão do cerceamento de defesa, devendo o autor ser pessoalmente intimado da lavratura do auto de infração, bem como do respectivo julgamento, viabilizando-se a interposição da impugnação cabível, se assim desejar.** Precedentes desta Turma. 6. Não deve ser anulado o auto de infração, tal como reconhecido na sentença, mas tão somente o procedimento administrativo, o qual deverá observar o direito de defesa do autor, prosseguindo com a observância dos princípios constitucionais mencionados. 7. Agravo retido não conhecido. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.”(AC 00088534120074036108, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)*

Em suma, a sentença de improcedência deve ser reformada, para que seja decretada a nulidade do ato administrativo que determinou a intimação por edital, bem como a nulidade do Termo de Revelia, assegurando-se à autora o direito ao contraditório e à ampla defesa.

No que tange à sucumbência, considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do artigo 21, parágrafo único, e do artigo 20, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil, inverte o ônus e, com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Ante o exposto, **dou provimento à apelação.**

É como voto.

BEHELENA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO. INTIMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A autora foi indevidamente intimada por edital para se manifestar acerca da exclusão do Sistema Simples em função de um débito em aberto, referente ao mês de 03/2014.
2. A intimação por meio de publicação no órgão de imprensa local é subsidiária e somente deve ser realizada se tiver resultado inócua a intimação pela via postal ou por meio eletrônico com prova de recebimento. Art. 23 do Decreto 70.235/72.
3. A intimação da exclusão do Simples Nacional não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser desconsiderada, pois referidos princípios devem ser observados na esfera administrativa não só na sua dimensão formal, como também na sua dimensão substancial. Precedentes.
4. Apelação provida.

BEHELENA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009081-66.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: ABOUD KOUDOUSSE A ISMAINOU
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009081-66.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: ABOUD KOUDOUSSE A ISMAINOU
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por **Aboud Koudousse A Ismainou** em face do **Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração**, objetivando provimento jurisdicional que determine o processamento de seu pedido de autorização de residência no Brasil, sem a apresentação da certidão de antecedentes criminais emitida pelo país de origem, exigida pela Portaria Interministerial nº 03/2018.

A liminar foi deferida para que, preenchidos os demais requisitos necessários, seja garantida à parte impetrante o processamento do seu pedido de autorização para residência no Brasil, independentemente da apresentação da certidão de antecedentes criminais emitida pelo país de origem (ID 50126720).

Dessa decisão a União interpôs agravo de instrumento, o qual foi julgado prejudicado ante a prolação da sentença.

Ao final, a MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 50127187).

A União apelou, sustentando, em síntese, que:

a) o impetrante não é refugiado, tanto que não invoca os termos da Lei nº 9.474/97 para obter residência no país, mas sim a legislação geral aplicável aos estrangeiros (Lei nº 13.445/2017), pelo fundamento da reunião familiar, cujo artigo 31 determina observância ao disposto no regulamento, no caso, o art. 129 do Decreto nº 9.199/2017, que prevê ao imigrante a obrigatoriedade de apresentação de certidões de antecedentes criminais de onde tenha residido nos últimos cinco anos;

b) a alegada dificuldade para obtenção de certidão de antecedentes expedida pela representação consular de Benim, além de exigir dilação probatória incompatível com o rito do mandado de segurança nos termos do art. 5º, LXIX, CF e do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009, também não se consubstancia em motivo jurídico apto a dispensar o impetrante da exigência.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do e. Dr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009081-66.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: ABOUD KOUDOUSSE A ISMAINOU
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por estrangeiro com o fito de obter o processamento do pedido de autorização de residência no Brasil, sem a apresentação da certidão de antecedentes criminais emitida pelo país de origem, exigida pela Portaria Interministerial nº 03/2018.

O impetrante, nacional do Benin, ingressou em território nacional no dia 20.06.2017, quando solicitou refúgio no país e obteve documento provisório de identidade de estrangeiro, com validade até 19.06.2018. Então, em 14.10.2017, casou-se com uma cidadã brasileira e requereu residência no Brasil, cujo pedido foi denegado, diante da não apresentação da certidão de antecedentes criminais.

De acordo com a Lei nº 9.474/1997, enquadra-se na condição de refugiado todo aquele que devido à grave e generalizada violação de direitos humanos é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. Confira-se:

“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.” (grifei)

Por sua vez, a Portaria nº 1.949/2015, do Ministério da Justiça, em vigor à época dos fatos, estabelecia que os refugiados estavam dispensados da apresentação de atestado de antecedentes criminais expedidos pelo país de origem. Veja-se:

“Art. 12. Os refugiados, asilados políticos e apátridas solicitantes de naturalização ficam dispensados de apresentar os seguintes documentos constantes dos anexos a esta Portaria:

I - atestado de antecedentes criminais expedido pelo país de origem, legalizado junto à repartição consular brasileira e traduzido por tradutor público juramentado ou devidamente inscrito na Junta Comercial, no Brasil, previstos nos Anexos I e II”.

A respeito da questão, colhe-se o seguinte precedente desta Corte Regional:

*“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE NATURALIZAÇÃO. RECEBIMENTO E PROCESSAMENTO DO PEDIDO. ATESTADO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDO PELO PAÍS DE ORIGEM E CERTIDÃO OU INSCRIÇÃO CONSULAR. EXIGÊNCIA FORMAL NÃO RAZOÁVEL. SITUAÇÃO DO CASO CONCRETO. 1. O artigo 112 da Lei de Estrangeiros prevê requisitos gerais para concessão de naturalização, ato discricionário e político do Estado, que não se sujeita a controle de mérito. No caso dos autos, a discussão é limitada ao tema da documentação necessária ao recebimento e processamento do pedido, ainda a ser analisado em seu mérito pela autoridade competente. 2. Certo que a decisão de concessão ou não de naturalização é dotada de cunho discricionário e político, cujo mérito é insusceptível de revisão judicial, porém é indevida, por violar a razoabilidade e a isonomia, a exigência formal de documentos na situação narrada nos autos, que é de conhecimento público. 3. **Assevere-se que a situação em que se encontra o país de origem do impetrante equivale à compreendida pela Portaria 1.949/2015 do Ministério da Justiça, que dispõe sobre os procedimentos de naturalização, alteração de assentamentos de estrangeiros, entre outros, e, inclusive, dispensa os refugiados, asilados políticos e apátridas da apresentação do atestado de antecedentes criminais expedido pelo país de origem, e da certidão ou inscrição consular, emitida por Embaixada ou Consulado no Brasil (artigo 12).** 4. *Apelação e remessa oficial desprovidas” (ApelRemNec 0023011-47.2015.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017) (grifei)**

Logo, considerando a perseguição sofrida pelo impetrante em seu país de origem, bem como a impossibilidade de apresentação do documento exigido, o qual, aliás, não pode ser obtido em território brasileiro, a r. sentença deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTRANGEIRO. PEDIDO DE RESIDÊNCIA. APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDO PELO PAÍS DE ORIGEM. DISPENSADA PELA PORTARIA 1.949/2015. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por estrangeiro com o fito de obter o processamento do pedido de autorização de residência no Brasil, sem a apresentação da certidão de antecedentes criminais emitida pelo país de origem, exigida pela Portaria Interministerial nº 03/2018.
2. De acordo com a Lei nº 9.474/1997, enquadra-se na condição de refugiado todo aquele que devido à grave e generalizada violação de direitos humanos é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.
3. A Portaria nº 1.949/2015, do Ministério da Justiça, em vigor à época dos fatos, estabelecia que os refugiados estavam dispensados da apresentação de atestado de antecedentes criminais expedidos pelo país de origem. Precedente.
4. Logo, considerando a perseguição sofrida pelo impetrante no Benin, país da África, bem como a impossibilidade de apresentação do documento exigido, o qual, aliás, não pode ser obtido em território brasileiro, a r. sentença deve ser mantida tal como lançada.
5. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005992-38.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: SBS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: HIGOR MARCELO MAFFEI BELLINI - SP188981
APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005992-38.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: SBS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: HIGOR MARCELO MAFFEI BELLINI - SP188981
APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em ação indenizatória ajuizada por **SBS Administradora de Bens Ltda.**, em face da **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT**, com o objetivo de obter a baixa do protesto lavrado perante o 7º Cartório de Protesto da Capital de São Paulo e indenização por danos morais no valor equivalente a 100 (cem) vezes o valor do título protestado (R\$ 222,52 – duzentos e vinte e dois reais e cinquenta e dois centavos), ou seja, R\$ 22.252,00 (vinte e dois mil, duzentos e cinquenta e dois reais).

O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios a favor da EBCT, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa (Id 90181253, p. 42-47).

A parte autora apelou, alegando, em síntese, que (Id 90181853, p. 52-58):

a) firmou o contrato de prestação de serviços nº 9912172027 com a EBCT, sendo que, em outubro de 2008 recebeu correspondência da ré informando que o referido contrato seria cancelado a partir de 01.12.2008 por não atingir a cota mínima de postagens;

b) a apelante efetuou o pagamento das faturas em aberto por meio de boletos de cobrança;

c) ao tentar abrir uma conta corrente no banco Unibanco, foi informada que havia um protesto efetuado pela ré;

d) a apelante entrou em contato com a EBCT, que lhe informou sobre a existência de três faturas em aberto, nos valores de R\$ 181,64 (cento e oitenta e um reais e sessenta e quatro centavos); R\$ 231,63 (duzentos e trinta e um reais e sessenta e três centavos), e R\$ 53,99 (cinquenta e três reais e noventa e nove centavos), as quais foram imediatamente pagas em 27.01.2009, no posto de atendimento da própria EBCT, no valor total de R\$ 467,08 (quatrocentos e sessenta e sete reais e oito centavos);

e) resolvidas as pendências financeiras em 27.01.2009, a carta de anuência da ré para a retirada do protesto somente foi enviada para a apelante após um grande lapso de tempo, apesar dos insistentes pedidos, gerando dano moral – a sentença apelada desconsiderou a omissão da EBCT em enviar a carta necessária para a baixa do protesto – a mesma presteza com que se envia um título a protesto deve ser exigida para retirar o nome do protesto após o pagamento da dívida.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005992-38.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: SBS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: HIGOR MARCELO MAFFEI BELLINI - SP188981
APELADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

A questão discutida nos autos diz respeito a pedido de indenização por danos morais, no valor equivalente a 100 (cem) vezes o valor do título protestado (R\$ 222,52 – duzentos e vinte e dois reais e cinquenta e dois centavos), ou seja, R\$ 22.252,00 (vinte e dois mil, duzentos e cinquenta e dois reais), em razão da demora da credora, após o pagamento do débito, no envio de documento necessário para efetuar a baixa de protesto, o que ocasionou a perda de sua linha de crédito, causando-lhe sérios prejuízos.

Extrai-se dos autos que o título protestado, no valor de R\$ 222,52 (duzentos e vinte e dois reais e cinquenta e dois centavos), venceu em 18.11.2008 (Id 90181253, p. 9).

A EBCT enviou telegrama à apelante, postado em 25.11.2008, com notificação de efetuar o pagamento no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de inclusão no CADIN e protesto do título após 30 (trinta) dias do vencimento (Id 90181253, p. 9).

Conforme documento juntado pela apelante (Id 90181252, p. 29), vê-se que o pagamento do referido título somente foi efetivado em 27.01.2009, na mesma data em que efetuado o protesto, conforme certidão anexada aos autos (Id 90181252, p. 39).

Desse modo, tendo a apelante efetuado o pagamento do título após 30 (trinta) dias do vencimento, não há irregularidade no protesto realizado.

Em relação a títulos protestados, o REsp nº 1.339.436/SP, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, estabeleceu que “No regime próprio da Lei n. 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto”, *verbis*:

“CANCELAMENTO DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. ÔNUS DO CANCELAMENTO DO PROTESTO LEGITIMAMENTE EFETUADO. DEVEDOR. CONFORME DISPÕE O ART. 2º DA LEI N. 9.492/1997, OS SERVIÇOS CONCERNENTES AO PROTESTO FICAM SUJEITOS AO REGIME ESTABELECIDO NESTA LEI. ALEGAÇÃO DE O DÉBITO TER SIDO CONTRAÍDO EM RELAÇÃO DE CONSUMO. IRRELEVÂNCIA, POR SE TRATAR DE PROCEDIMENTO SUBMETIDO A REGRAMENTO ESPECÍFICO.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "No regime próprio da Lei n. 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto.

2. Recurso especial não provido.”

(REsp 1339436/SP; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Data do Julgamento: 10/09/2014; DJe: 24/09/2014)

De fato, a Lei nº 9.492/97, que define as competências e regulamenta os serviços relativos ao protesto de títulos e outros documentos representativos de dívidas, estabelece, em seu art. 26, *caput*, que “o cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado”.

Em relação à alegação de danos morais em razão de suposta demora, por parte da ECT, no envio de documento necessário à baixa do protesto, o parágrafo 1º do art. 26 da Lei nº 9.492/97, dispõe que “na impossibilidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo”.

Assim, em se tratando de urgência, a apelante poderia ter apresentado a quitação do título junto ao Cartório onde foi registrado o protesto, ou ter apresentado a declaração de anuência, solicitada junto à ré, para o cancelamento do protesto, não havendo que se falar em dano moral.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, conforme fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. CANCELAMENTO DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. ÔNUS DO CANCELAMENTO DO PROTESTO LEGITIMAMENTE EFETUADO. DEVEDOR. DANO MORAL INEXISTENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão discutida nos autos diz respeito a pedido de indenização por danos morais, no valor equivalente a 100 (cem) vezes o valor do título protestado (R\$ 222,52 – duzentos e vinte e dois reais e cinquenta e dois centavos), ou seja, R\$ 22.252,00 (vinte e dois mil, duzentos e cinquenta e dois reais), em razão da demora da credora, após o pagamento do débito, no envio de documento necessário para efetuar a baixa de protesto, ocasionando a perda de sua linha de crédito, o que lhe causou sérios prejuízos.

2. Extrai-se dos autos que o título protestado, no valor de R\$ 222,52 (duzentos e vinte e dois reais e cinquenta e dois centavos), venceu em 18.11.2008 (Id 90181253, p. 9).

3. A EBC T enviou telegrama à apelante, postado em 25.11.2008, com notificação de efetuar o pagamento no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de inclusão no CADIN e protesto do título após 30 (trinta) dias do vencimento (Id 90181253, p. 9).

4. Conforme documento juntado pela apelante (Id 90181252, p. 29), vê-se que o pagamento do referido título somente foi efetivado em 27.01.2009, na mesma data em que efetuado o protesto, conforme certidão anexada aos autos (Id 90181252, p. 39). Desse modo, tendo a apelante efetuado o pagamento do título após 30 (trinta) dias do vencimento, não há irregularidade no protesto realizado.

5. Em relação a títulos protestados, o REsp nº 1.339.436/SP, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, estabeleceu que “No regime próprio da Lei n. 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto”.

6. De fato, a Lei nº 9.492/97, que define as competências e regulamenta os serviços relativos ao protesto de títulos e outros documentos representativos de dívidas, estabelece, em seu art. 26, *caput*, que “o cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado”.

7. Em relação à alegação de danos morais em razão da suposta demora, por parte da ECT, no envio de documento necessário à baixa do protesto, o parágrafo 1º do art. 26 da Lei nº 9.492/97, dispõe que “na impossibilidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo”.

8. Assim, em se tratando de urgência, a apelante poderia ter apresentado a quitação do título junto ao Cartório onde foi registrado o protesto, ou ter apresentado a declaração de anuência, solicitada junto à ré, para o cancelamento do protesto, não havendo que se falar em dano moral.

9. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0025894-45.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BSB CAPITAL COMERCIO DE AERONAVES PECAS E ACESSORIOS LTDA - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ARAO MANSOR NETO - SP142453

APELADO: BSB CAPITAL COMERCIO DE AERONAVES PECAS E ACESSORIOS LTDA - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JOSE ARAO MANSOR NETO - SP142453

OUTROS PARTICIPANTES:

REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0025894-45.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BSB CAPITAL COMERCIO DE AERONAVES PECAS E ACESSORIOS LTDA - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ARAO MANSOR NETO - SP142453

APELADO: BSB CAPITAL COMERCIO DE AERONAVES PECAS E ACESSORIOS LTDA - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JOSE ARAO MANSOR NETO - SP142453

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por **BSB Capital Taxi Aéreo Ltda.** em face da **União**, requerendo, em síntese, a reparação por danos morais e aplicação da multa prevista no artigo 940 do Código Civil, com pedido de antecipação dos efeitos de tutela, para suspender os efeitos dos débitos inscritos em dívida ativa nº 80607012736-04 e a indevida propositura de execução fiscal por débitos já pagos, conforme comprovantes anexados aos autos (Id 90348326, p. 4-12).

O Juízo *a quo* julgou o feito parcialmente procedente, condenando a União a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por danos morais e a multa prevista no art. 940 do Código Civil, devidamente atualizados, além do pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, mais as custas processuais (Id 90348326, p. 112-114).

A parte autora apelou, aduzindo (Id 90348326, p. 122-128):

a) discorda do valor fixado abaixo do pedido, pois em razão do valor indevidamente inscrito em dívida ativa, chegou a ter sua licença de funcionamento cassada pela ANAC;

b) em julho de 2005 a apelante recebeu dois autos de infração referentes a atraso na entrega de oito DCTF's, com as instruções para recolhimento com os descontos previstos no art. 6º, da Lei nº 8.218/91, tendo efetuado o pagamento pontual em 02.08.2005, conforme demonstramas DARFs anexadas aos autos;

c) apesar do pagamento pontual, em 14.02.2007, o débito foi indevidamente inscrito em dívida ativa nº 80.6.07.012736-04, com ajuizamento da Execução Fiscal nº 2007.61.82.018948-7 perante a 5ª Vara de Execuções Fiscais dessa Seção Judiciária;

d) a apelante precisou opor exceção de pré-executividade para cancelar a dívida ativa, porém os danos já haviam sido causados;

e) o Banco Bradesco impôs restrições às atividades bancárias da apelante em razão da inclusão de seu nome no SERASA (Id 90348326, p. 28);

f) além disso, a licença de funcionamento da apelante foi cancelada pela ANAC em razão da ausência de Certidão Negativa de Débitos (Id 90348326, p. 99-100);

g) a apelante precisou impetrar mandado de segurança para obter a Certidão Positiva com efeitos de Negativa (Id 90348326, p. 101-106), a fim de restabelecer sua autorização de funcionamento perante a ANAC;

h) requer a majoração do valor fixado a título de dano moral, pois o ato ilícito praticado pela União causou prejuízos irreparáveis à apelante, que foi impedida de exercer suas atividades e teve seu nome e crédito prejudicados, tendo sido considerada inidônea, apesar de cumprir regularmente suas obrigações;

i) requer a aplicação da multa civil prevista no art. 940 do Código Civil.

A União também apelou, alegando, em síntese, a não aplicabilidade do art. 940 do Código Civil ao caso – o STF possui entendimento consolidado de que apenas mediante demonstração inequívoca de dolo caberia o pagamento em dobro do valor cobrado – no caso, a União nunca teve a intenção de se locupletar indevidamente às custas do contribuinte, assim que reconheceu o pagamento do débito, procedeu ao cancelamento da inscrição e da execução fiscal (Id 90348326, p. 140-145):

Com contrarrazões da parte autora e da União, vieramos autos ao Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0025894-45.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BSB CAPITAL COMERCIO DE AERONAVES PECAS E ACESSORIOS LTDA - ME, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JOSE ARAO MANSOR NETO - SP142453

APELADO: BSB CAPITAL COMERCIO DE AERONAVES PECAS E ACESSORIOS LTDA - ME, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JOSE ARAO MANSOR NETO - SP142453

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a parte autora obter, ou não, a indenização por danos morais, somados à sanção civil do pagamento em dobro, prevista no art. 940 do Código Civil, em razão do indevido ajuizamento de ação de execução fiscal para cobrança de crédito tributário já quitado.

No caso, conforme os termos da inicial, em julho de 2005, a parte autora recebeu dois autos de infração referentes a atraso na entrega de oito DCTF's (Id 90348326, p. 20), tendo quitado o pagamento em 02.08.2005, dentro do prazo previsto, conforme demonstram as DARFs anexadas aos autos (Id 90348326, p. 21).

Apesar de ter pagado o débito, em 14.02.2007, quase um ano e meio após a quitação, houve indevida inscrição em dívida ativa nº 80.6.07.012736-04, com ajuizamento da Execução Fiscal nº 2007.61.82.018948-7 em 21.05.2007 perante a 5ª Vara de Execuções Fiscais dessa Seção Judiciária (Id 90348326, p. 22-27).

Diante disso, a parte autora teve seu nome inscrito nos cadastros do Serasa, causando sérias restrições ao seu crédito e dificuldades para realizar atividades cotidianas, além de ter cassada sua licença de funcionamento concedida pela ANAC por não ter conseguido apresentar a Certidão Negativa de Débitos (Id 90348326, p. 99-100).

A parte autora comprovou que precisou impetrar mandado de segurança para obter a Certidão Positiva com efeitos de Negativa (Id 90348326, p. 101-106), a fim de restabelecer sua autorização de funcionamento perante a ANAC.

Na sentença de parcial procedência, a União foi condenada a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devidamente atualizados, além do pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, mais as custas processuais. O Juízo *a quo* entendeu que esse valor contemplaria tanto a indenização por dano moral, como a multa prevista no artigo 940 do Código Civil (Id 90348326, p. 112-114).

Com efeito, sabe-se que o Poder Público possui responsabilidade objetiva fundamentada pela teoria do risco administrativo, com o consequente enquadramento dos atos lesivos praticados por seus agentes no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Contudo, para que seja possível a responsabilização objetiva, deve-se comprovar a conduta lesiva, o resultado danoso e o nexo de causalidade entre ambos.

No caso em apreço, está caracterizada a responsabilidade civil do Estado, pois a conduta estatal resultou na indevida inclusão do nome do autor nos cadastros de inadimplentes em razão do ajuizamento da execução fiscal, para cobrança de crédito tributário já pago, causando prejuízos inegáveis.

Ao não ter procedido com a cautela necessária que se espera de um órgão público, a União acabou ocasionando danos de ordem moral ao autor, o qual não pode ser prejudicado por falhas na prestação do serviço público, ainda mais quando não deu causa a elas.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA E INDEVIDO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA ILICITUDE DA COBRANÇA, POR SE TRATAR DE DÉBITO CUJA EXIGIBILIDADE ENCONTRAVA-SE SUSPENSA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

*I. Agravo interno interposto em 29/06/2016, contra decisão monocrática, publicada em 22/06/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação de indenização por **danos morais** e materiais, ajuizada pela parte ora agravada, em face do Estado de Santa Catarina, em razão da inscrição indevida de seu nome em dívida ativa e do ajuizamento de **execução fiscal**, não obstante tratar-se de crédito cuja exigibilidade estava suspensa, em face do **parcelamento** do débito. O Tribunal de origem - reformando sentença de improcedência - deu parcial provimento ao Apelo da parte autora, para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização por **danos morais**, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.*

*IV. No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, concluiu pela ilicitude da cobrança perpetrada pelo ente público, porquanto o débito cobrado já havia sido parcelado, e, portanto, sua exigibilidade encontrava-se suspensa. Nesse contexto, e analisar as teses expostas no Apelo Especial - no sentido de que o referido débito fiscal teria sido inscrito em dívida ativa em data anterior ao **parcelamento** e, ainda, aferir se as provas são suficientes ou se o recorrido desincumbiu-se de seu ônus probatório - ensejaria o reexame da matéria fático-probatória dos autos, providência vedada, em sede de Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ. V. Agravo interno improvido. ". (AgInt no AgInt no AREsp 852130, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, julgado em 20/10/2016, DJe: 11/11/2016)*

Ademais, o dano moral não precisa ser provado, pois o transtorno e o abalo psicológico decorrentes da inscrição indevida no SERASA e consequente cancelamento da licença de funcionamento perante a ANAC em razão da ausência de apresentação de Certidão Negativa de Débito são presumidos.

Nesse sentido:

*"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL INDEVIDA. PRESUNÇÃO DE DANO MORAL (DANO MORAL IN RE IPSA). POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABALO PSICOLÓGICO RELEVANTE. 1. Ausente a violação ao artigo 535, inciso II, do CPC, quando a Corte de origem aprecia a demanda com fundamentação suficiente. 2. **O ajuizamento de execução fiscal para a cobrança de valor já quitado ou débito cuja inexistência deveria ser de conhecimento da Fazenda Pública por si só faz presumir a ocorrência de dano moral (dano moral in re ipsa). A caracterização do dano moral em casos que tais prescinde da prova da ocorrência de abalo psicológico relevante. Precedentes: AgRg no Ag 1.163.571/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 3.5.2010; REsp 773.470/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 2.3.2007.** 3. No caso dos autos, a Corte de origem expressamente se manifestou no sentido de reconhecer o dano moral independentemente da comprovação do abalo psicológico sofrido, o que acompanha a jurisprudência deste STJ. 4. Recurso especial não provido." (RESP 200802405273, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE:16/02/2011) (grifei)*

Da mesma forma, o entendimento deste Tribunal:

*"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATIVIDADE BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE DO INSS POR CULPA DO SERVIÇO. DESCONTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMPRÉSTIMO EM NOME DO AUTOR FEITO POR ESTRANHO. FRAUDE. DEVER DE INDENIZAR. 1. A responsabilidade civil encontra previsão legal nos arts. 186 e 927 do Código Civil, segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo. 2. Nos termos do art. 14 da Lei n. 8.078/90, aplicável às relações bancárias, o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados ao consumidor, decorrentes de serviços defeituosos. 3. A jurisprudência dominante tanto do STF como STJ, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva, a qual resta caracterizada mediante a conjugação concomitante de três elementos dano, negligência administrativa e nexo de causalidade. 4. **Nos termos do artigo 6º da Lei 10.820/03, é de responsabilidade do INSS verificar se houve a efetiva autorização/dever de fiscalização.** 5. Comprovada a falha na prestação do serviço, na modalidade negligência, sem demonstração de culpa exclusiva do autor ou de terceiro. 6. **Resta assente na jurisprudência o entendimento de que na hipótese de fraude, a instituição bancária é responsável pelo pagamento de indenização a título de danos morais independentemente da prova do efetivo prejuízo, bastando a comprovação do evento danoso, bem como de dano material.** 7. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 8. Apelação do autor provida em parte."(AC 00215011520104039999, DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial:05/04/2017) (grifei)*

Por outro lado, para a fixação do montante a ser pago a título de indenização por danos morais, devem ser observadas as diretrizes da proporcionalidade à ofensa, da condição social e da viabilidade econômica do ofensor e do ofendido. Deve-se ter em conta, ademais, que a indenização não pode acarretar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório.

A esse respeito, assim entende a jurisprudência deste Tribunal:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DANO MORAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN. COBRANÇA INDEVIDA DE ANUIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. 1. **Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexa causal.** 2. Verifica-se, in casu, que, em dezembro de 1994, houve cobrança de anuidades atrasadas da autora, dos anos de 1989, 1990, 1991 e 1992, quitados em 30/01/1995 e 02/03/1995, mediante depósitos bancários em favor da ré. Ainda assim, ajuizada ação de execução judicial, na 2ª Vara Federal de Bauru/SP, referente aos indigitados débitos, houve expedição de mandado de penhora e avaliação, em 18/10/1995. A penhora somente não foi efetivada porque o oficial de justiça que realizou a diligência certificou a apresentação, pela autora, de dois depósitos em crédito do COREN. 3. Apenas em novembro de 1995 o réu comunicou a desistência do feito executivo ao Juízo respectivo, tendo sido causados diversos transtornos e danos de ordem material e moral à autora, naquele período, em face da manutenção da cobrança indevida. 4. Em relação aos danos materiais, o réu reconheceu a procedência do pedido, oferecendo o depósito do valor requerido pela autora. 5. **O dano moral ficou evidenciado na cobrança indevida, gerando humilhação, vergonha e transtornos, corroborados pelos depoimentos testemunhais, inclusive com a inclusão do nome da autora em rol de devedores, afixado em seu local de trabalho.** 6. **Configurada, assim, a ocorrência do dano, da ação negligente do agente e o nexa causal, resta a apuração do quantum indenizatório.** 7. **A fixação da indenização por danos morais deve objetivar a justa reparação do prejuízo, observando: a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, a proporcionalidade à ofensa, conforme o grau de culpa e a gravidade do dano, não podendo implicar em enriquecimento ilícito, nem valor irrisório.** 8. Diante das peculiaridades do presente caso, entendo correto o quantum fixado pelo r. Juízo a quo, tratando-se de valor adequado à finalidade de reprimir a prática da conduta danosa, não caracterizando valor irrisório, nem abusivo, a ponto de ensejar enriquecimento ilícito do autor. 9. Mantida a atualização monetária fixada na r. sentença, à míngua de impugnação, bem como a condenação em verba honorária. 10. *Apelação e remessa oficial improvidas.* (APELREEX 13067026119974036108, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3: 19/07/2012) (grifei)

Quanto ao pedido de cumulação da indenização por danos morais mais a multa prevista no art. 940, do Código Civil ("Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir; salvo se houver prescrição"), a jurisprudência firmou-se no sentido de que, para aplicação da referida sanção, há que se analisar o aspecto subjetivo do infrator. Na espécie, não há possibilidade de devolução em dobro sem estar plenamente comprovado o abuso de direito ou a má-fé da cobrança procedida.

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo no REsp 1111270/PR, "*A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor*". g.n.

De fato, a má-fé exige prova adequada e pertinente do dolo, sendo imprescindível sua demonstração para incidência da sanção civil prevista no art. 940 do Código Civil. No caso em tela não houve essa demonstração.

Assim, embora aqui não seja aplicável a penalidade do pagamento em dobro por débito já adimplido, contida no artigo 940 do Código Civil, o valor global de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), estipulado pelo Juízo a quo, está adequado a título de indenização por danos morais diante das circunstâncias ocorridas no caso específico.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** às apelações, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDEVIDO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL E INCLUSÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. DÉBITO JÁ PAGO. INSCRIÇÃO DO NOME NO SERASA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. MULTA PREVISTA NO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ DO CREDOR. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. A responsabilidade do Estado é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e requer a presença de três elementos: i) prestação de serviço público (serviço mal prestado ou não prestado); ii) dano causado a terceiros; iii) nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço público.
2. No caso, em julho de 2005, a parte autora recebeu dois autos de infração referentes a atraso na entrega de oito DCTF's (Id 90348326, p. 20), tendo quitado o pagamento em 02.08.2005, dentro do prazo previsto, conforme demonstram as DARFs anexadas aos autos (Id 90348326, p. 21).
3. Apesar de ter pagado o débito, em 14.02.2007, quase um ano e meio após a quitação, houve indevida inscrição em dívida ativa nº 80.6.07.012736-04, com ajuizamento da Execução Fiscal nº 2007.61.82.018948-7 em 21.05.2007 perante a 5ª Vara de Execuções Fiscais dessa Seção Judiciária (Id 90348326, p. 22-27).
4. Diante disso, a parte autora teve seu nome inscrito nos cadastros do Serasa, causando sérias restrições ao seu crédito e dificuldades para realizar atividades cotidianas, além de ter cassada sua licença de funcionamento concedida pela ANAC por não ter conseguido apresentar a Certidão Negativa de Débitos (Id 90348326, p. 99-100).
5. A parte autora comprovou que precisou impetrar mandado de segurança para obter a Certidão Positiva com efeitos de Negativa (Id 90348326, p. 101-106), a fim de restabelecer sua autorização de funcionamento perante a ANAC.
6. Na sentença de parcial procedência, a União foi condenada a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devidamente atualizados, além do pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, mais as custas processuais. O Juízo *a quo* entendeu que esse valor contemplaria tanto a indenização por dano moral, como a multa prevista no artigo 940 do Código Civil (Id 90348326, p. 112-114).
7. No caso em apreço, está caracterizada a responsabilidade civil do Estado, pois a conduta estatal resultou na indevida inclusão do nome do autor nos cadastros de inadimplentes em razão do ajuizamento da execução fiscal, para cobrança de crédito tributário já pago, causando prejuízos inegáveis.
8. Quanto ao pedido de cumulação da indenização por danos morais, mais a multa prevista no art. 940, do Código Civil (“*Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição*”), a jurisprudência firmou-se no sentido de que, para aplicação da referida sanção, há que se analisar o aspecto subjetivo do infrator. Na espécie, não há possibilidade de devolução em dobro sem estar plenamente comprovado o abuso de direito ou a má-fé da cobrança procedida.
9. Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo no REsp 1111270/PR, “*A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor*”. g.n.
10. A má-fé exige prova adequada e pertinente do dolo, sendo imprescindível sua demonstração para incidência da sanção civil prevista no art. 940 do Código Civil. No caso em tela não houve essa demonstração.
11. Embora aqui não seja aplicável a penalidade do pagamento em dobro por débito já adimplido, contida no artigo 940 do Código Civil, o valor global de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), estipulado pelo Juízo *a quo*, está adequado a título de indenização por danos morais diante das circunstâncias ocorridas no caso específico.
12. Apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO às apelações, nos termos da fundamentação supra, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000251-16.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE ESTOFADOS E RECLINAVEIS AMAZON LTDA - EPP, INDUSTRIA E COMERCIO DE ESTOFADOS E RECLINAVEIS AMAZON LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: JULIANO HUCK MURBACH - PR23562-A

Advogado do(a) APELADO: JULIANO HUCK MURBACH - PR23562-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000251-16.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE ESTOFADOS E RECLINAVEIS AMAZON LTDA - EPP, INDUSTRIA E COMERCIO DE ESTOFADOS E RECLINAVEIS AMAZON LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: JULIANO HUCK MURBACH - PR23562-A

Advogado do(a) APELADO: JULIANO HUCK MURBACH - PR23562-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO**, nos autos de ação de rito ordinário, em face da sentença que julgou o procedente o pedido para declarar o direito da parte autora **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ESTOFADOS E RECLINÁVEIS AMAZON LTDA. - EPP.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos ao ajuizamento, por meio de compensação, de tais valores com, nos termos da legislação de regência. O Juízo *a quo* condenou a União ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;
- b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica;
- c) o montante exato do indébito apontado na petição inicial, cujos cálculos a União/Fazenda Nacional expressamente discorda, deve ser objeto de posterior liquidação de sentença ou, se o caso, de habilitação perante a Receita Federal do Brasil;

d) a impossibilidade jurídica de compensação dos créditos oriundos do indébito tributário com as contribuições sociais voltadas para o financiamento da previdência social, com fulcro no artigo 89 da Lei n.º 8.212/91 c/c artigo 26, parágrafo único da Lei n.º 11.457/07.

Comcontrarrrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000251-16.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE ESTOFADOS E RECLINAVEIS AMAZON LTDA - EPP, INDUSTRIA E COMERCIO DE ESTOFADOS E RECLINAVEIS AMAZON LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JULIANO HUCK MURBACH - PR23562-A
Advogado do(a) APELADO: JULIANO HUCK MURBACH - PR23562-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Preliminarmente, ressalto que a decisão atacada não está sujeita ao reexame necessário, conforme parâmetros trazidos no art. 496, § 3º, inciso I, do novo CPC.

Pois bem

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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."

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 temo 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.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **30/03/2017** 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. 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 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-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 INDEBITO. 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 recurso de apelação da União apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

Mantenho a r. sentença, quanto à condenação da União ao pagamento das custas, dos honorários advocatícios e das despesas processuais, diante da sucumbência mínima dos pedidos da parte autora.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da parte autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. A jurisprudência do Excelso 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em 30/03/2017.

8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.

9. 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.

10. 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.

11. Recurso de apelação da União parcialmente provido.

12. Condenação da União ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios mantida, diante da sucumbência mínima dos pedidos da parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de apelação da União apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005153-65.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORD CREDIT SERVICOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARCELO TESHEINER CAVASSANI - SP71318-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A, ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005153-65.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORD CREDIT SERVICOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARCELO TESHEINER CAVASSANI - SP71318-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR - SP253479-A, ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação da União em face de sentença que julgou procedente o pedido deduzido na ação declaratória para: a) excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ISS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS; b) autorizar a compensação do quanto recolhido indevidamente, no quinquênio anterior à propositura da ação, devendo aguardar o trânsito em julgado da r. sentença. Consignou o douto magistrado que o indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido. A União foi condenada a pagar honorários advocatícios fixados em 10% sobre o proveito econômico obtido, nos termos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil (ID 62941690).

Na presente hipótese, foi atribuído à causa o valor de R\$ 944.373,90.

Em seu apelo, a União defende a legalidade e constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Sustenta que a decisão proferida pelo STF no âmbito do RE 574.706/PR não abrangeu o ISS, mas tão somente o ICMS (ID 62941693).

A parte autora apresentou contrarrazões (ID 62941696).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005153-65.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORD CREDIT SERVICOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: MARCELO TESHEINER CAVASSANI - SP71318-A, SILVIO OSMAR MARTINS JUNIOR
- SP253479-A, ADRIANA SERRANO CAVASSANI - SP196162-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

- Da exclusão 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.

Noutro ponto, cumpre consignar que após longo período de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

Cumpre transcrever a ementa do julgado em apreço, publicado em 02 de outubro de 2017:

"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 despeito do julgado paradigmático em questão, meu entendimento pessoal é de que, 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 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".

Todavia, tendo em vista que os demais julgadores desta Terceira Turma entendem que a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS, curvo-me ao entendimento majoritário perflhado por meus pares.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. COMPENSAÇÃO DEFERIDA COM QUAISQUER TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, À EXCEÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

2. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

3. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

4. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

5. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

6. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade negocial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

7. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

8. A compensação será efetuada, observada a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela SELIC, nos termos lançados em sentença.

9. Apelação desprovida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000891-36.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 30/10/2019, Intimação via sistema DATA: 05/11/2019)

PROCESSUAL CIVIL. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. 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. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado.

2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda.

3. *De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida.*

4. *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.*

5. *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.*

6. *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.*

7. *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.*

8. *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.*

9. *A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*

10. *No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.*

11. *No caso dos autos, a matéria 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, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado.*

12. *Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.*

13. *Recurso de apelação provido.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002810-15.2017.4.03.6120, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 24/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/10/2019)

Sendo, assim, reconheço o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Cabe ponderar que a jurisprudência do STF tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. Neste sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CARÁTER INFRINGENTE - EXCEPCIONALIDADE - INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA PARA IMPUGNÁ-LOS - TRIBUTÁRIO - COFINS - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, APÓS RECONHECER A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL, PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO LEADING CASE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA AFASTAR A MULTA ANTERIORMENTE IMPOSTA E DAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEDUZIDO PELA PARTE ORA EMBARGANTE”.

(STF, AI-AgR-ED-ED-ED - EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, CELSO DE MELLO, Sessão Virtual de 1.3.2019 a 11.3.2019.)

Observo que esta Terceira Turma tem seguido o entendimento do STF, posicionando-se no sentido de que "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, na esteira do quanto já decidido pela Corte Superior." (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5014201-23.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 18/10/2019, Intimação via sistema DATA: 23/10/2019)

Portanto, são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

- Dos honorários Advocaticios - majoração

Em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015 (tendo em vista, portanto, o trabalho adicional realizado pelos patronos da parte autora em grau de recurso), determino o acréscimo do percentual de 1% ao importe fixado a título de verba honorária.

- Do dispositivo

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO.

1. 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.
2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).
3. Adota-se o entendimento majoritário perflhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.
4. A jurisprudência do STJ tem-se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
5. Acréscimo do percentual de 1% ao importe fixado a título de verba honorária, ematenção ao disposto no artigo 85, § 11, do CPC/2015.
6. Apelação da União não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007479-14.2007.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE FRANCISCO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: RAQUEL MANCEBO LOVATTO - SP173489-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: SONIA REGINA MENEZES DE OLIVEIRA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RAQUEL MANCEBO LOVATTO

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007479-14.2007.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE FRANCISCO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: RAQUEL MANCEBO LOVATTO - SP173489-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: SONIA REGINA MENEZES DE OLIVEIRA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RAQUEL MANCEBO LOVATTO

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em anulatória de ato administrativo ajuizada por **Espólio de José Francisco de Oliveira, representado por sua inventariante Sônia Regina Menezes de Oliveira**, em face da **União** com a finalidade de obter a declaração de nulidade do auto de infração e imposição de multa referente à autuação da Receita Federal por suposta omissão de rendimentos na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física, exercício de 2000, ano calendário de 1999.

A sentença foi de improcedência, condenando o autor ao pagamento de verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

O autor interpôs apelação, aduzindo, em síntese, que:

a) a sentença deve ser reformada, para que seja reconhecida a decadência, pois, diferentemente do alegado pelo Fisco, o auto de infração não foi lavrado em 30.11.2004, e sim em 02.06.2005, estando caracterizada, portanto, a decadência;

b) subsidiariamente, se não for acolhida a tese da decadência, requer o apelante a reforma da sentença para que se admita que, como houve a retenção na fonte do imposto de renda no valor de R\$73.594,04 (setenta e três mil, quinhentos e noventa e quatro reais e quatro centavos), referente ao exercício de 1999, a responsabilidade do eventual débito seja imputada à fonte pagadora, e não ao autor;

c) o auto de infração deve ser anulado porque o autor não deu causa ao atraso no recolhimento do Imposto de Renda, razão pela qual não há que se falar em pagamento de multa e juros de mora;

d) a sentença deve ser reformada, ademais, porque o contribuinte agiu de boa-fé ao apresentar ao Fisco, na Declaração de Ajuste Anual, os valores recebidos em decorrência de ação trabalhista e, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no REsp 1.227.133, não incide IR sobre juros de mora pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007479-14.2007.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE FRANCISCO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: RAQUEL MANCEBO LO VATTO - SP173489-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de o autor obter a declaração de nulidade do auto de infração e imposição de multa referente à autuação da Receita Federal por suposta omissão de rendimentos.

Afirma que foi autuado em razão de supostas diferenças de IRPF por omissão de receitas, devidas quando do levantamento de depósitos judiciais relativos ao recebimento de indenização trabalhista paga pelo antigo empregador do autor (Banco Santander).

Alega, ademais, que a dívida não pode ser cobrada porque teria havido decadência (lapso temporal superior a cinco anos), pois o auto de infração foi lavrado em 02.06.2005, e a dívida refere-se ao ano de 2000 (ano calendário 1999).

Ocorre, porém, que conforme constou expressamente na sentença, não houve decadência.

De início, ressalte-se que constam expressamente do auto de infração, nos campos “data” e “hora”, 30.11.2004 e 15h35min (vide f. 49 dentre 49-53 – ID 90114067).

Desse modo, resta claro que o auto de infração foi lavrado no dia 30.11.2004, às 15h35min, e não em 02.06.2005, como alegado pelo apelante.

Demais disso, como se trata de imposto de renda pessoa física (IRPF), cujo lançamento é por homologação e no qual não houve pagamento, incide, no caso, o artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional. Veja-se:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (grifei)

Sendo assim, em se tratando de fato gerador ocorrido em 2000 (ano-calendário 1999), e tendo havido lavratura do auto de infração em 30.11.2004, antes do decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, não há que se falar em decadência.

No mérito, também não merece prosperar a apelação.

De fato, o próprio apelante reconheceu, em sua petição inicial, ter cometido erros em sua declaração de imposto de renda ao declarar como imposto de renda retido na fonte o valor de R\$ 73.594,04 (setenta e três mil, quinhentos e noventa e quatro reais e quatro centavos) (vide f. 71-78 – ID 90114068). Alega, porém, que foi induzido a erro pela fonte pagadora, e que o Banco Santander teria descontado os valores do autor e deixado de os repassar à União, devendo ser responsabilizado.

Em verdade, em casos de recebimento de verbas oriundas de reclamações trabalhistas, vigora o entendimento de que não apenas a fonte pagadora pode ser responsabilizada pela incidência do Imposto de Renda, mas também o contribuinte, em face de sua obrigação de informar os recebimentos em sua Declaração de Ajuste Anual.

Ademais, a multa é devida quando é feita a declaração, mas não é feito o respectivo recolhimento. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. TERMO A QUO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE. ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTE NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC/1973. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, nos autos do REsp nº 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, em sede de recurso especial repetitivo, fixou tese no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). 2. O acórdão recorrido firmou a premissa de que não houve pagamento antecipado, de modo que não é possível em sede de recurso especial infirmar essa premissa, uma vez que tal providência demandaria o reexame de matéria fática probatória, o que encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial".

3. A responsabilidade das instituições financeiras de recolher na fonte a CPMF não altera o prazo decadencial para lançamento do tributo, sobretudo porque esta Corte possui precedentes no sentido de que o contribuinte substituído, que realiza o fato gerador, é quem efetivamente tem o dever de arcar com o ônus da tributação, que não é afastado pela responsabilidade pessoal do substituto/responsável tributário, de modo que a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, consoante entendimento já consolidado no âmbito desta Corte. Precedentes: REsp. n. 703.902/RS, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 15.09.2005; AgRg no REsp. n. 716.970/CE, Primeira Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 19.05.2005; REsp. n. 962610/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 07.02.2008.

4. Agravo Interno não provido.” (AgInt no AREsp 1227575/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. FONTE PAGADORA E CONTRIBUINTE. INCLUSÃO DE MULTA. RENDIMENTOS ACUMULADOS. ALÍQUOTA APLICÁVEL.

1. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que cabe à fonte pagadora o recolhimento do tributo devido. Porém, a omissão da fonte pagadora não exclui a responsabilidade do contribuinte pelo pagamento do imposto, o qual fica obrigado a declarar o valor recebido em sua declaração de ajuste anual.

2. No cálculo do imposto incidente sobre os rendimentos pagos acumuladamente em decorrência de decisão judicial, devem ser aplicadas as alíquotas vigentes à época em que eram devidos os referidos rendimentos.

3. É indevida a imposição de multa ao contribuinte quando não há, por parte dele, intenção deliberada de omitir os valores devidos a título de imposto de renda ou de não recolhê-los. A contrario sensu, a multa é devida quando é feita a declaração, mas não é feito o respectivo recolhimento.

4. Hipótese em que, por ocasião do Ajuste Anual, haveria de recolher o débito declarado, sob pena da multa correspondente prevista no art. 44, I da Lei nº. 9.430/96 e juros aplicáveis.

5. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 704.845/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 16/09/2008) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. MULTA DO ART. 44, INCISO I, DA LEI 9.430/96. APLICAÇÃO.

1. O contribuinte não se exime da responsabilidade pelo recolhimento do Imposto de Renda quando a fonte pagadora não efetiva a retenção prevista pela legislação tributária.

2. Hipótese em que, por ocasião do Ajuste Anual, haveria de declarar o débito e recolhê-lo, sob pena da multa correspondente.

3. Recurso Especial provido.”

(REsp 962.610/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJ 07/02/2008, p. 1) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ATRASADOS. URP. RESPONSABILIDADE. FONTE PAGADORA PARA O RECOLHIMENTO NA FONTE. OMISSÃO. NÃO-EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE.

I - Cabe à fonte pagadora o recolhimento, na fonte, do imposto de renda sobre verbas recebidas a título de decisão judicial, que determinou o reajuste salarial com base na URP, porém o não-recolhimento não exclui a responsabilidade do contribuinte do pagamento do imposto, que fica obrigado a declarar o valor recebido na sua declaração de ajuste anual.

II - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 716.970/CE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 29/08/2005, p. 198)

Sendo assim, há de ser integralmente mantida a sentença de improcedência.

Por fim, no que tange à sucumbência, com fundamento nos princípios da equidade, causalidade e da razoabilidade, mantenho a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao caso concreto.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO à apelação.**

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. IRPF. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 150, §4º, CTN. VERBAS RECEBIDAS EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. DEVER DE DECLARAR E DE RECOLHER O RESPECTIVO IRPF. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Em se tratando de fato gerador ocorrido em 2000 (ano-calendário 1999), e tendo havido lavratura do auto de infração em 30.11.2004, antes do decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, §4º, do CTN, não há que se falar em decadência.
2. Em casos de recebimento de verbas oriundas de reclamações trabalhistas, vigora o entendimento de que não apenas a fonte pagadora pode ser responsabilizada pela incidência do Imposto de Renda, mas também o contribuinte, em face de sua obrigação de informar os recebimentos em sua Declaração de Ajuste Anual. Precedentes do STJ.
3. No que tange à sucumbência, com fundamento nos princípios da equidade, causalidade e da razoabilidade, mantenho a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do CPC/73, aplicável ao caso.
4. Apelação desprovida.

BEHELENA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

Advogado do(a) APELANTE: MELISSA AOYAMA - SP204646-A

APELADO: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAEST DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0020982-92.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAEST DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

Advogado do(a) APELANTE: MELISSA AOYAMA - SP204646-A

APELADO: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAEST DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais** em face do **Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT**, objetivando o ressarcimento de dano material, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.

A MM. Juíza *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar à autora indenização por dano material, correspondente a R\$ 7.100 (sete mil e cem reais), acrescido de juros de mora e correção monetária. Na ocasião, reconheceu-se a sucumbência recíproca (ID 90095814 - Pág. 120-124).

O autor interpôs apelação, alegando, em suma, que:

- a) a sentença não reconheceu a solidariedade da obrigação entre o DNIT e o dono do animal, o que era de rigor, pois uma não exclui a outra, ainda mais porque o animal atropelado não tinha distintivo ou marca capaz de identificar tanto a si como ao seu dono;
- b) é aplicável à hipótese dos autos a legislação consumerista;
- c) caso o recurso não seja provido, ao menos seja alterado o montante da condenação para o patamar de 50% (cinquenta por cento) do valor da causa, ou seja, R\$ 9.230,50 (nove mil, duzentos e trinta reais e cinquenta centavos).

O DNIT também apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) o proprietário ou detentor do animal é a parte legítima para figurar no polo passivo da demanda (art. 936 do Código Civil), pois deveria ter tomado todas as precauções no sentido de evitar a sua entrada na rodovia;
- b) compete à Polícia Rodoviária Federal o patrulhamento e a fiscalização das rodovias federais, e não ao apelante, encarregado tão somente de promover a manutenção da infraestrutura do Sistema Federal de Viação;
- c) a prescrição, *in casu*, regula-se pelo Código Civil (art. 206, § 3º, V), em consonância com o art. 100 do Decreto nº 20.910/32, que expressamente ressalvou a aplicação dos prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos;

d) o DNIT não descumpriu qualquer dever legal de bem conservar a rodovia e manter a infraestrutura adequada ao seu uso, de modo que inexistente culpa ou dolo de sua parte, além disso, a parte autora não fez prova da velocidade desenvolvida pelo motorista do veículo ou das condições do automóvel, elementos indispensáveis para o esclarecimento da verdade dos fatos;

e) o valor da condenação não encontra respaldo documental nos autos.

Com contrarrazões de ambas as partes, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0020982-92.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

Advogado do(a) APELANTE: MELISSA AOYAMA - SP204646-A

APELADO: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter indenização por dano material, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.

Narra a exordial que a autora firmou contrato de seguro com José Avelino Filho, na modalidade “RCFV Auto Responsabilidade Civil Facultativa de Proprietário de Veículo Automotor de Via Terrestre”, por meio da Apólice nº 531.23.000.46.672-7, em que se obrigou a garantir o veículo Volkswagen, modelo Parati Track & Field 1.6 Totalflex, placas LVJ-7486, ano 2006, contra riscos, dentre os quais, danos por colisão.

Então, em 08.12.2008, o referido veículo, conduzido pelo próprio segurado, trafegava pela BR 343, quando, na altura do Km 438,4, no município de Lagoinha do Piauí/PI, foi surpreendido por um animal morto no leito carroçável da pista. Assim, sem tempo para frear ou desviar, o condutor colidiu como obstáculo e capotou em seguida, causando danos ao automóvel.

Pois bem. Preliminarmente, afastou a alegação de prescrição, pois o acidente ocorreu em 08.12.2008 e a presente demanda foi ajuizada em 14.11.2013, ou seja, antes do transcurso do prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32.

A respeito da questão, cumpre asseverar que “a prescrição em face da União e de suas autarquias federais, inclusive, no que tange à indenização decorrente de responsabilidade civil é quinquenal, a teor do Decreto no. 20.910/32, sendo inaplicável, na espécie, disposição contrária que regulamenta direito privado - in casu, o prazo prescricional previsto no Código Civil” (ApCiv 0013647-22.2013.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2019.)

Registre-se, ainda, que o DNIT possui legitimidade para figurar no polo passivo da lide, visto que a responsabilidade do dono do animal, prevista no art. 936 do Código Civil, não afasta a da Administração Pública, em especial quando ausente identificação do primeiro, como no caso, e verificada a existência de relação do dano com a prestação do serviço público.

Além do que, compete à Polícia Rodoviária Federal, órgão integrante do Ministério da Justiça, apenas o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 1.655/1995, razão pela qual não se insere no âmbito de suas atribuições a retirada de animais e obstáculos que se coloquem nas pistas de rolamento de estradas federais.

Deveras, sendo o DNIT o órgão responsável pela administração das rodovias federais, possui o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias.

A respeito do tema, colaciono os seguintes precedentes:

*"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ANIMAL EM RODOVIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRECEDENTES. 1. Na ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera rediscussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível. 2. No caso, o acórdão recorrido registrou que, nos termos da jurisprudência estabelecida naquela Corte, deve o DNIT responder pelo dano material advindo do acidente provocado por animal na pista. Por outro lado, da legislação invocada pela parte - arts. 80, 81 e 82 da Lei n. 10.233/2001, 20 da Lei n. 9.503/1997, 936 do Código Civil e 37 da Constituição Federal/1988 -, não é possível extrair, ictu oculi, a irresponsabilidade do recorrente pelo evento danoso. 3. **Segundo o posicionamento desta Corte Superior, a União e o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação reparatória proposta com fundamento na ocorrência de acidente automobilístico em rodovia federal.** 4. Recurso especial a que se nega provimento, com majoração dos honorários advocatícios, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015". ..EMEN:(RESP 201602245720, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/02/2017 ..DTPB:.) (grifei)*

*"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REGRESSO. SEGURADORA. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. COLISÃO DE VEÍCULO COM ANIMAL NA PISTA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. POLICIA RODOVIÁRIA FEDERAL: ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO. DEVER LEGAL DE GARANTIA DA SEGURANÇA E TRAFEGABILIDADE DAS RODOVIAS FEDERAIS. INEXISTÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO OU MINORAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA RÉ. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. O DNIT tem a atribuição legal de administrar rodovias federais e, portanto, garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias, sendo parte legítima para responder por acidente de trânsito, em razão da colisão com animal na pista. O fato de o artigo 936, do Código Civil, atribuir ao dono ou detentor do animal o dever de ressarcir o dano causado, não elide a legitimidade passiva do DNIT por acidente ocorrido em rodovia federal, sob sua administração e gestão, especialmente se sequer identificado o dono ou detentor do animal. 2. **A União não é parte legítima para o feito, pois não cabe à Polícia Rodoviária Federal a remoção de animais das estradas, mas apenas o patrulhamento ostensivo das rodovias federais para prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade.** 3. Proposta a ação no prazo de cinco anos, contados do acidente, nos termos do Decreto 20.910/1932, não se cogita de prescrição. 4. Comprovado o dano sofrido com o acidente - com a sub-rogação da empresa seguradora nos direitos da vítima, que teve os prejuízos ressarcidos pela cobertura securitária -, e a relação de causalidade a partir da conduta estatal (Boletim de Ocorrência, levantamento do local efetuado pela autoridade policial e prova testemunhal colhida em Juízo), sem demonstração de causa excludente ou de minoração da responsabilidade da ré - cabendo a esta provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, o que não ocorreu, não sendo possível, por evidente, presumir culpa ou dolo da vítima -, é certo e inequívoco o direito à reparação dos danos materiais resultantes do acidente, conforme prova documental juntada aos autos. 5. Apelação desprovida." (ApCiv 0022067-16.2013.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2016.) (grifei)*

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

A reparação civil fundada em danos decorrentes de acidente de trânsito em rodovia exige demonstração de conduta estatal, por ação ou omissão, e relação de causalidade com o dano apurado.

Segundo o Boletim de Acidente de Trânsito, o acidente ocorreu durante a noite e não havia defesa ou cerca na rodovia. Além disso, os pneus do veículo estavam em boas condições e o condutor não estava embriagado (ID 90095722 - Pág. 54-57).

Verifica-se, deste modo, que, embora a rodovia estivesse em boas condições de trafegabilidade, dificilmente o condutor teria tempo de desviar de um animal morto na pista, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade, justamente porque a visibilidade diminui no período noturno. Não há dúvidas, assim, de que o fator surpresa interfere na atitude do motorista diante de uma situação de risco e exigir-lhe conduta diversa não se mostra razoável.

Depreende-se, ademais, que o fato de não existir cerca ao longo da rodovia contribuiu de forma determinante para que o animal invadisse a pista de rolamento, ainda mais ao considerar que o evento danoso se deu nas proximidades de área urbana, conforme fotografias acostadas aos autos (ID's 90095723 - Pág. 35-36 e 40-44; 90095724 - Pág. 2-15).

A questão da velocidade empreendida pelo motorista, por sua vez, não pode ser presumida pelas condições de visibilidade da via, sendo impossível afirmar excesso de velocidade sem a realização de perícia técnica. "(...) Sobre a suposta culpa exclusiva ou concorrente, o que a afasta, definitivamente, no caso dos autos, é a constatação clara de que a vítima trafegava na rodovia sem qualquer indicação de imprudência, imperícia ou negligência. A prova de que o condutor dirigia como a legislação determina pode ser extraída do que consta dos autos, não se podendo presumir o contrário, ou seja, a prática de infração para elidir ou reduzir a responsabilidade estatal pela fiscalização precária da rodovia. A prova da imperícia, negligência ou imprudência da autora é fato impeditivo ao direito pleiteado e, portanto, cabe à ré a sua invocação e prova (artigo 333, II, CPC)" (APELREEX 00064412020144036100, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015.FONTE_REPUBLICACAO).

Aliás, os próprios agentes da Polícia Rodoviária Federal atestaram que os pneus do veículo estavam em boas condições e que o condutor não apresentava sinais de embriaguez, de modo que nenhuma conduta imprudente ou imperita pode ser imputada ao motorista para fins de reconhecimento de culpa exclusiva, ou mesmo concorrente.

Com efeito, deixar de fiscalizar corretamente rodovias federais destinadas a intenso, pesado e rápido tráfego de veículos, sem dúvida alguma revela uma relação objetiva de causa e efeito, demonstrando falta de cuidado e de zelo com o patrimônio público e com o direito dos usuários de tais vias.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Regional:

*"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REGRESSO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LEGITIMIDADE DO DNIT. ANIMAL NA PISTA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A questão posta nos autos diz respeito à ação de regresso, proposta por Itaú seguros de Auto e Residência S/A em face do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em razão de indenização por danos materiais pagos pela autora para sua segurada, em razão de acidente de trânsito decorrente de colisão com animal na pista. 2. Inicialmente, cumpre observar que a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do DNIT merecem prosperar. Preconiza o artigo 82, inciso I, da Lei 10.322/01: Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação: I - estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacional, sinalização, manutenção ou conservação, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações; 3. Precedentes. 4. Nesse sentido, com a extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagens - DNER, o DNIT passou a ser responsável pela manutenção, conservação e fiscalização das rodovias federais, sendo parte legítima para figurar nas ações de reparação civil ajuizadas após o término do processo de inventariança ocorrido em 08/08/2003. Tendo sido a presente ação autuada em 16/07/2004, inquestionável a legitimidade do DNIT para figurar no polo passivo da demanda. 5. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. (...) 9. O evento danoso é claro e se encontra comprovado pelo boletim de acidente da Polícia Rodoviária Federal (fls. 53/58). **O nexo causal, por sua vez, consubstancia-se na simples presença de animais na pista, o que provocou o acidente em tela.** O evento danoso é claro e se encontra comprovado pelo boletim de acidente da Polícia Rodoviária Federal (fls. 53/58). O nexo causal, por sua vez, consubstancia-se na simples presença de animais na pista, o que provocou o acidente em tela. 10. Destarte, como bem asseverou o Juiz sentenciante, é nítido o dever da autarquia federal em indenizar a parte autora no valor por ela dispendido, nos termos da Súmula 188 STF: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro. 11. Apelação desprovida". (AC 00096742520144036100, JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)*

"DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONFIGURADA. ACIDENTE . RODOVIA FEDERAL. ANIMAL NA PISTA DE ROLAMENTO. SEGURO . AÇÃO REGRESSIVA. DOCUMENTOS HÁBEIS. SUB-ROGAÇÃO. 1. Cuida-se de apelo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT -, em ação ordinária ajuizada com vistas a ressarcimento de danos decorrentes de acidente automobilístico ocorrido na rodovia BR-222. 2. **A responsabilidade do dono do animal não exclui a da Administração Pública, de forma que a ausência de identificação do primeiro não tem o condão de excluir a responsabilidade do último, já que, por expressa disposição legal - artigos 79 a 82 da Lei nº 10.233/2001 -, o DNIT tem o dever de manter e fiscalizar as rodovias federais, zelando pelas boas condições de trânsito destas estradas, o que inclui a retirada de animais do leito trafegável.** 3. À Polícia Rodoviária Federal, órgão integrante do Ministério da Justiça, compete, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 1.655/95, o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como atuar no combate à criminalidade, de forma que não se insere no âmbito de suas atribuições a retirada de animais e outros obstáculos que se coloquem nos leitos carroçáveis das pistas de rolamento das estradas federais. 4. Conforme se infere do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, foi consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, o que significa dizer que, para a aferição da responsabilidade civil da Administração Pública e conseqüente reconhecimento do direito à reparação dos danos suportados pela parte autora, é suficiente que se prove a ação, o dano e o nexo de causalidade. 5. Embora seja pacífico na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a responsabilidade do Estado por ato comissivo é objetiva, existem divergências em relação à responsabilidade estatal por ato omissivo. Para alguns, esta é subjetiva e exige a comprovação de dolo ou culpa. In casu, verifica-se a responsabilidade do DNIT sob as óticas objetiva e subjetiva. 6. O réu tinha o dever legal de garantir a segurança da rodovia sob sua administração, sendo objetiva a sua responsabilidade, a teor do que dispõe o artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9.503/97. 7. Restou demonstrada, ainda, a culpa da autarquia federal, uma vez que o dano suportado pela autora decorreu de uma omissão da Administração Pública, que não observou o dever de cuidado, deixando de promover a devida fiscalização da estrada na qual o sinistro aconteceu. 8. A prova de que o sinistro decorreu de culpa exclusiva do condutor do veículo é fato impeditivo ao direito pleiteado e, portanto, cabe ao réu a sua invocação e prova (art. 333, II, CPC), o que não ocorreu na espécie. 9. Existe prova suficiente a demonstrar a existência do contrato de seguro e o pagamento da respectiva prestação securitária, fatos que, a teor do artigo 786 do Código Civil, determinam a sub-rogação e conferem legitimidade à autora para o exercício da presente ação de ressarcimento de danos. 10. **Apelação do DNIT improvida**". (AC 00068162620114036100, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

No caso em apreço, portanto, inequívoca a lesão a direito patrimonial da autora, que arcou com o pagamento do seguro pelos danos materiais sofridos como sinistro veicular, sub-rogando-se nos direitos respectivos. O DNIT tem obrigação, assim, de ressarcir o prejuízo à autora, sem embargo do direito da autarquia de reaver do terceiro, proprietário ou detentor do animal, o que de direito, em ação própria.

A autora, então, pugna pelo pagamento da diferença entre o valor do prêmio pago ao segurado em decorrência dos danos causados ao veículo, no importe de R\$ 32.661,00 (trinta e dois mil, seiscentos e sessenta e um reais), e aquele obtido com a venda dos salvados (sucata) de R\$ 14.200,00 (quatorze mil e duzentos reais), totalizando R\$ 18.461,00 (dezoito mil, quatrocentos e sessenta e um reais).

Insta salientar que a autenticidade dos documentos trazidos na inicial não foi questionada em primeiro grau de jurisdição, tampouco foi apreciada pelo juízo *a quo*, razão pela qual não conheço dessa alegação.

Logo, a autora faz jus ao recebimento do valor de R\$ 18.461,00 (dezoito mil, quatrocentos e sessenta e um reais), a título de danos materiais, acrescido de juros de mora e correção monetária.

A esse respeito, no dia 22.02.2018, a 1ª seção do STJ julgou repetitivo (REsp 1.492.221) que discutia a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora.

Consignou-se no julgamento que, as condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: "(a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E".

Sendo assim, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso e a correção monetária a partir do arbitramento, com base nos índices acima definidos.

A parte ré também deverá arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, diploma legal em vigor à época da prolação da sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação do réu e à remessa necessária e **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora para condenar o DNIT ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 18.461,00 (dezoito mil, quatrocentos e sessenta e um reais), acrescido de juros de mora e correção monetária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANO AO VEÍCULO. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. “A prescrição em face da União e de suas autarquias federais, inclusive, no que tange à indenização decorrente de responsabilidade civil é quinquenal, a teor do Decreto no. 20.910/32, sendo inaplicável, na espécie, disposição contrária que regulamenta direito privado - in casu, o prazo prescricional previsto no Código Civil” (ApCiv 0013647-22.2013.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/07/2019).

2. O DNIT é o órgão responsável pela administração das rodovias federais e possui o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias, razão pela qual a responsabilidade do dono do animal, prevista no art. 936 do Código Civil, não afasta a da Administração Pública, em especial quando ausente identificação do primeiro, como no caso, e verificada a existência de relação do dano coma prestação do serviço público.

3. À Polícia Rodoviária Federal compete apenas o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como a atuação no combate à criminalidade, nos termos do artigo 1º do Decreto 1.655/1995, e não a retirada de animais e obstáculos que se coloquem nas pistas de rolamento de estradas federais.

4. Segundo o Boletim de Acidente de Trânsito, o acidente ocorreu durante a noite e não havia defesa ou cerca na rodovia. Além disso, os pneus do veículo estavam em boas condições e o condutor não estava embriagado.

5. Conquanto a rodovia estivesse em boas condições de trafegabilidade, dificilmente o condutor teria tempo de desviar de um animal morto na pista, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade, justamente porque a visibilidade diminui no período noturno. Não há dúvidas, assim, de que o fator surpresa interfere na atitude do motorista e exigir-lhe conduta diversa não se mostra razoável.

6. A questão da velocidade empreendida pelo motorista, por sua vez, não pode ser presumida pelas condições de visibilidade da via, sendo impossível afirmar excesso de velocidade sem a realização de perícia técnica.

7. Inequívoca, portanto, a lesão a direito patrimonial da autora, que arcou com o pagamento do seguro pelos danos materiais sofridos como o sinistro veicular, sub-rogando-se nos direitos respectivos.

8. O DNIT tem a obrigação de ressarcir o prejuízo à autora, sem embargo do direito da autarquia de reaver do terceiro, proprietário ou detentor do animal, o que de direito, emação própria.

9. A indenização por dano material há de ser fixada em R\$ 18.461,00 (dezoito mil, quatrocentos e sessenta e um reais), montante este relativo à diferença entre o valor do prêmio pago ao segurado em decorrência dos danos causados ao veículo, no importe de R\$ 32.661,00 (trinta e dois mil, seiscentos e sessenta e um reais), e aquele obtido com a venda dos salvados (sucata) de R\$ 14.200,00 (quatorze mil e duzentos reais).

10. Precedentes.

11. Apelação da autora provida.

12. Apelação do réu e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação do réu e à remessa necessária e DEU PROVIMENTO à apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000016-43.2012.4.03.6133
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ITAIPU DE MOGI DAS CRUZES IMP.E COM.DE MATS.CONST.LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MAURO CAMPOS DE SIQUEIRA - SP94639
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000016-43.2012.4.03.6133
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ITAIPU DE MOGI DAS CRUZES IMP.E COM.DE MATS.CONST.LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MAURO CAMPOS DE SIQUEIRA - SP94639
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Itaipu de Mogi das Cruzes Importação e Comércio de Materiais de Construção Ltda.** contra a sentença de parcial procedência do pedido, no bojo da qual foram fixados honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) do valor da causa.

No presente recurso, insurge-se a apelante quanto ao montante fixado a título de verba honorária, asseverando tratar-se de quantia excessiva, pelo que postula a sua redução para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000016-43.2012.4.03.6133
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ITAIPU DE MOGI DAS CRUZES IMP.E COM.DE MATS.CONST.LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MAURO CAMPOS DE SIQUEIRA - SP94639
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Em primeiro lugar, deixo de apreciar o agravo retido interposto pela parte autora, ante a ausência de reiteração nas razões de apelação, conforme disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973.

A autora ajuizou ação ordinária buscando a declaração de inexigibilidade de crédito tributário decorrente das inscrições nº. 80.6.07.030609-50, 80.7.07.000062-86 e 80.6.07.000196-07, bem como sua consequente exclusão do valor consolidado em razão do parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009. Atribuiu à causa o valor de R\$ 5.731.761,70 (cinco milhões, setecentos e trinta e um mil, setecentos e sessenta e um reais e setenta centavos).

O pedido foi julgado parcialmente procedente para declarar a decadência das parcelas do crédito tributário com vencimento entre 02/1995 a 12/1997 das inscrições na 80.7.07.000062-86 e 80.6.07.000196-07, cujo montante deve ser deduzido do valor consolidado no parcelamento da Lei nº. 11.941/2009, com a consequente revisão das parcelas mensais, compensando-se os valores já recolhidos.

Considerando-se a sucumbência mínima suportada pela ré, a autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa.

À luz do disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, vigente no momento da prolação da sentença, a fixação de honorários advocatícios deve considerar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e o tempo despendido pelo advogado.

Nesse contexto, a pretensão da apelante de redução dos honorários de sucumbência para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não merece ser acolhida. Trata-se de montante manifestamente irrisório para remunerar o trabalho realizado nestes autos, haja vista que as pretensões da autora restaram, em sua maior parte, afastadas após a análise da defesa apresentada pela União.

Por outro lado, verifica-se que a fixação da verba honorária em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa de R\$ 5.731.761,70 (cinco milhões, setecentos e trinta e um mil, setecentos e sessenta e um reais e setenta centavos) atinge quantia excessiva diante da natureza e do grau de complexidade da demanda.

Desse modo, em observância aos princípios da equidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, mostra-se adequada a redução dos honorários ao equivalente a 1% (um por cento) do valor causa atualizado.

No mesmo sentido, transcrevo julgado proferido por esta E. Turma:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IPI. INCENTIVO FISCAL INSTITUÍDO PELA LEI Nº 9363/96. IN 419/2004. NÃO APLICAÇÃO. CREDITAMENTO. DEMORA INJUSTIFICADA DO FISCO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECONHECIMENTO PARCIAL DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PELA FAZENDA NACIONAL. ART. 19, §1º, I, DA LEI N. 10.522/2002. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. CABIMENTO. VALOR EXCESSIVO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA VERBA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. Consolidada a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional, no sentido de que, na hipótese de vedação da restituição na esfera administrativa por ato ilegítimo do fisco, legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1035847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009), aplicando-se a Tabela Única aprovada pela Primeira Seção (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ), que, por sua vez, autoriza a aplicação da Taxa SELIC (REsp 1150188/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010). 2. Nos termos do artigo 19, da Lei n. 10.522/2002, não haverá condenação da União Federal em honorários advocatícios, na hipótese em que o Procurador da Fazenda Nacional reconhece a procedência do pedido. 3. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à impossibilidade de condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios, quando houver o reconhecimento da total procedência do pedido, admitindo a fixação de verba honorária somente nas hipóteses em que há resistência parcial da Fazenda quanto ao pedido formulado pelo contribuinte. 4. A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que, vencida ou vencedora a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que considerará o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, consoante o disposto no art. 20, § 4º, do revogado Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da decisão, o qual se reportava às alíneas do § 3º, e não a seu caput. Assim, na fixação da verba honorária, o julgador não está adstrito a adotar os limites percentuais de 10% a 20% previstos no § 3º, podendo, ainda, estipular como base de cálculo tanto o valor da causa como o da condenação, bem como arbitrar os honorários em valor determinado. 5. Julgar por equidade significa adequar a regra ao caso concreto, a fim de tornar uma situação mais justa. Em matéria de honorários, sua finalidade é não onerar em demasia a parte responsável pelo seu pagamento, assim, por exemplo, numa causa milionária da qual a Fazenda Pública saia vencida, não faz sentido determinar que ela arque com valor que, de tão excessivo, prejudicará toda a sociedade, já que se trata de importância saída dos cofres públicos em detrimento de projetos sociais e de infraestrutura. 6. Nesse ínterim, não resta dúvida que diante das indevidas glosas dos créditos presumidos de IPI, a apelada não vislumbrou alternativa, a não ser ajuizar a presente ação declaratória de nulidade das referidas decisões administrativas, contratando profissionais habilitados a proceder à sua defesa judicial e arcando com os custos de um processo judicial. 7. Ademais, para além do indeferimento parcial dos pedidos de ressarcimento formulados, o tempo de duração da demanda se apresenta considerável, tendo se passado mais de 6 (anos) anos desde o ajuizamento da causa. Tempo este, em que os patronos do apelante se mantiveram os mesmos, tendo agido com diligência na melhor e mais justa resposta ao seu cliente. 8. Não obstante tudo isso, o valor da causa também não se revela módico, ao contrário, trata-se de importância vultosa, eis que, quando da propositura da ação declaratória, foi dado à causa o valor de R\$ 7.700.000,00 (sete milhões e setecentos mil reais - fl.18), valor este que, atualizado até o ano de 2018, restaria significativamente majorado. 9. Assevera-se que, tendo o MM. Juiz "a quo" fixado a verba honorária em 5% sobre o valor da causa atualizada (R\$ 385.000,00), distribuindo os ônus da sucumbência à razão de 1/3 (um terço) para a autora e 2/3 (dois terços) para a ré, a apelante teria que pagar em favor dos patronos da autora o valor de R\$ 128.333,33, em valores de julho de 2012. 10. Tendo em vista que o entendimento a ser adotado é de que a verba sucumbencial somente é passível de modificação quando se mostrar irrisória, exorbitante ou distante dos padrões da razoabilidade, concluo que a irrisignação do apelante encontra respaldo, posto que, in casu, a fixação da verba honorária na sentença, pelo critério da equidade, restou excessivo frente à atuação das partes. Logo, os honorários fixados comportam ajustamento a fim de não levar ao enriquecimento sem causa dos patronos da apelada. 11. Considerado o valor do crédito presumido do IPI a ser ressarcido, o entendimento da Corte Superior exarado nas jurisprudências anteriormente colacionadas, o trabalho realizado e a natureza da causa, bem como o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da ação, de rigor a reforma da r. sentença para fixar a verba honorária em 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, distribuindo os ônus da sucumbência à razão de 1/3 (um terço) para a autora e 2/3 (dois terços) para a ré. 12. Apelação e remessa oficial parcialmente providas”.

(ApelRemNec 0008595-19.2012.4.03.6120, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018.)

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do agravo retido e **DOU PROVIMENTO PARCIAL** à apelação para reduzir o valor dos honorários advocatícios devidos pela autora à parte ré ao montante de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20 DO CPC/1973. REDUÇÃO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. A parte autora ajuizou ação ordinária buscando a declaração de inexigibilidade de crédito tributário decorrente das inscrições nº. 80.6.07.030609-50, 80.7.07.000062-86 e 80.6.07.000196-07, bem como sua consequente exclusão do valor consolidado em razão do parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009. Atribuiu à causa o valor de R\$ 5.731.761,70 (cinco milhões, setecentos e trinta e um mil, setecentos e sessenta e um reais e setenta centavos).
2. Considerando-se a sucumbência mínima suportada pela ré, a autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa.
3. A pretensão da apelante de redução dos honorários de sucumbência para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não merece ser acolhida. Trata-se de montante manifestamente irrisório para remunerar o trabalho realizado nestes autos, haja vista que as pretensões da autora restaram, em sua maior parte, afastadas após a análise da defesa apresentada pela União.
4. Por outro lado, verifica-se que a fixação da verba honorária em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa de R\$ 5.731.761,70 (cinco milhões, setecentos e trinta e um mil, setecentos e sessenta e um reais e setenta centavos) atinge quantia excessiva diante da natureza e do grau de complexidade da demanda.
5. Em observância aos princípios da equidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, mostra-se adequada a redução dos honorários ao equivalente a 1% (um por cento) do valor causa atualizado.
6. Agravo retido não conhecido, ante a ausência de reiteração nas razões de apelação, conforme disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973.
7. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NÃO CONHECEU do agravo retido e DEU PROVIMENTO PARCIAL à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000967-36.2003.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PEVE TUR TRANSPORTES E TURISMO LTDA, PEDRO TADEU VICENTIN, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

Advogados do(a) APELANTE: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

APELADO: PEVE TUR TRANSPORTES E TURISMO LTDA, PEDRO TADEU VICENTIN, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

Advogados do(a) APELADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000967-36.2003.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PEVE TUR TRANSPORTES E TURISMO LTDA, PEDRO TADEU VICENTIN, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

Advogados do(a) APELANTE: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

APELADO: PEVE TUR TRANSPORTES E TURISMO LTDA, PEDRO TADEU VICENTIN, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

Advogados do(a) APELADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em medida cautelar fiscal, com pedido de liminar, ajuizada pela **União** em face de **Peve Tur Transportes e Turismo Ltda.** e de **Pedro Tadeu Vicentin**, requerendo, em síntese, a decretação de indisponibilidade dos bens dos requeridos, nos termos do artigo 2º, VI e do artigo 4º, § 1º, da Lei 8.397/92.

O pedido liminar foi deferido.

A sentença, todavia, extinguiu o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, em razão do parcelamento do débito, livremente pactuado pelas partes, em data posterior à distribuição da ação (f. 04-12 – ID 90303028). A sentença deixou de condenar qualquer das partes ao pagamento de honorários advocatícios.

A União interpôs apelação, requerendo a reforma da sentença para que seja decretada a indisponibilidade patrimonial dos réus.

Os réus, por sua vez, também apelaram, requerendo o arbitramento de honorários advocatícios em seu favor, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000967-36.2003.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PEVE TUR TRANSPORTES E TURISMO LTDA, PEDRO TADEU VICENTIN, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

Advogados do(a) APELANTE: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

APELADO: PEVE TUR TRANSPORTES E TURISMO LTDA, PEDRO TADEU VICENTIN, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

Advogados do(a) APELADO: LIDIA VALERIO MARZAGAO - SP107421-A, RUBENS APPROBATO MACHADO - SP9434-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a União obter a decretação de indisponibilidade dos bens dos requeridos, em razão de sua insolvência.

Alega a União que o total do crédito constituído contra a empresa requerida ultrapassa 30% (trinta por cento) e corresponde a 75,10% (setenta e cinco) de seu patrimônio conhecido, nos termos do artigo 2º, VI, da Lei 8.397/92.

De fato, a medida cautelar fiscal consiste em um instrumento por meio do qual a União assegura a satisfação de seus créditos tributários ou não tributários, nos moldes previstos na Lei 8.397/92, com redação dada pela Lei nº 9.532/1997:

“Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens;

IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio;

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal :

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros;

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido;

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei;

VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário;

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. (...)"

Em suma, os requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal são: i) a prova literal da constituição do crédito fiscal; ii) a prova documental que demonstre alguma das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei 8.397/92.

No caso em tela, os Autos de Infração juntados aos autos demonstram a existência de créditos tributários constituídos em face de Peve Tur Transportes e Turismo Ltda..

Restou demonstrado, de outra parte, que Pedro Tadeu Vicentin ocupava, à época do fato gerador da obrigação, a condição de dirigente da empresa executada e, portanto, era responsável tributário.

O total do crédito constituído contra a empresa – de R\$ 1.556.851,06 (um milhão, quinhentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e um reais e seis centavos), em valores atualizados até 01.2003 –, ademais, ultrapassava 30% (trinta por cento) e correspondia a 75,10% (setenta e cinco) de seu patrimônio conhecido (total do ativo – vide estatuto social de f. 93-100 – ID 90303087), nos termos do artigo 2º, VI, da Lei 8.397/92.

Sendo assim, afigura-se cabível a medida cautelar fiscal.

A sentença julgou o processo extinto sem julgamento de mérito porque a empresa requerida aderiu ao parcelamento da Lei 11.941/09 e estaria pagando corretamente as respectivas parcelas.

Ocorre, porém, que a jurisprudência entende que o pedido posterior de parcelamento não traz reflexos no julgamento da medida cautelar fiscal, pois remanesce o interesse processual da Fazenda em assegurar as garantias voltadas à efetivação do crédito tributário. Citem-se, a respeito, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ADESÃO AO REFIS. ART. 3º, § 3º, DA LEI N. 9.964/2000. ARROLAMENTO DE BENS. MANUTENÇÃO DA PENHORA EFETUADA EM EXECUÇÃO FISCAL. DUPLA GARANTIA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 4º DO ART. 3º DA LEI DO REFIS. PRECEDENTE.

1. (...)

2. A jurisprudência desta Corte já se manifestou sentido de que, a despeito de o parcelamento possuir o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não serve para desconstituir a garantia dada em juízo, pois a interpretação que se extrai do art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.964/00 é a de que a garantia dada em medida cautelar fiscal ou execução fiscal deve prevalecer no caso de posterior opção pelo REFIS. Precedente: EREsp 1.349.584/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, Dje 3/5/2017.

3. Na hipótese, a pretensão da agravante no sentido de se reconhecer que a penhora foi posterior à adesão ao REFIS, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, tendo em vista ser necessário o reexame de fatos e provas para saber se o parcelamento foi anterior ou posterior à penhora.

4. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1126934/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2019, DJe 30/08/2019) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IRREGULARIDADE FORMAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. POSTERIOR CELEBRAÇÃO DE PARCELAMENTO. INTERESSE DE AGIR DO FISCO. REMANESCÊNCIA.

1. (...)

3. O entendimento do Tribunal a quo no sentido de que o pedido posterior de parcelamento não traz reflexos no âmbito do julgamento da medida cautelar fiscal, haja vista o interesse processual remanescente do ente fazendário em assegurar as garantias voltadas à efetivação do crédito tributário, mostra-se alinhado ao posicionamento do STJ sobre o tema. Precedentes: AI no REsp 1266318/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe 17/3/2014; EREsp 1349584/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 3/5/2017; AgRg no AREsp 828.242/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/2/2017.

4. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no REsp 1679810/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COTEJO REALIZADO. SIMILITUDE FÁTICA COMPROVADA. ADESÃO AO REFIS. ART. 3º, § 3º, DA LEI N. 9.964/2000. ARROLAMENTO DE BENS OU GARANTIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DA PENHORA EFETUADA EM EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 4º DO ART. 3º DA LEI DO REFIS.

A divergência tratada nestes autos envolve a solução da "dupla garantia" diante de penhora efetuada em execução fiscal e posterior adesão do contribuinte ao REFIS.

O acórdão embargado decidiu que "[...] a manutenção da constrição patrimonial (penhora) sobre os ativos da empresa executada, após a adesão ao parcelamento do pagamento da dívida tributária (REFIS) e arrolamento de bens, configura excesso intolerável, que caracteriza duplicidade de garantias".

3. O aresto indicado como paradigma, por sua vez, decidiu que "[...] o legislador resolveu a questão da 'dupla garantia' de maneira diametralmente oposta à adotada pelo STJ", afirmando que, "se houver penhora em Execução Fiscal, o gravame deve ser mantido, mas a homologação da opção pelo REFIS já não estará subordinada à prestação de nova garantia em relação ao mesmo débito". Com base nessas premissas, concluiu que, "em vez de liberar o bem penhorado na Execução Fiscal, cabe à parte 'abater' das garantias prestadas administrativamente o valor que foi objeto de constrição".

4. A divergência, portanto, é evidente, e deve ser resolvida adotando-se o entendimento firmado no acórdão paradigma no sentido de que, a despeito de o parcelamento possuir o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não serve para desconstituir a garantia dada em juízo, pois a interpretação que se extrai do art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.964/00 é a de que, em hipóteses como a dos autos, a garantia dada em medida cautelar fiscal ou execução fiscal deve prevalecer no caso de posterior opção pelo REFIN.

5. (...)

8. Na hipótese dos autos, o Tribunal confirmou o afastamento da penhora existente na execução ao principal fundamento de que a Fazenda não teria logrado êxito em demonstrar a inexistência de higidez jurídico-econômica dos imóveis arrolados para fins de adesão ao parcelamento. **Tal medida, portanto, vai de encontro à legislação de regência (art. 3º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.964/200), que confere primazia à constrição judicial determinada antes da opção ao REFIN.**

9. Embargos de divergência a que se dá provimento.” (REsp 1349584/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MEDIDA CAUTELAR FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FATO NOVO. ADESÃO AO PARCELAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO A QUO. PREMISSA FÁTICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SUPERVENIENTE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR CONSERVADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. (...)

2. A discussão quanto a existência de parcelamentos foi posta em sede de agravo de instrumento, de modo que, cabe ao juízo que deferiu a medida cautelar, a análise de eventual fato novo e do cabimento do pedido de revogação.

3. Eventual reforma do acórdão recorrido, no sentido de que a agravante não comprovou os alegados parcelamentos, implicaria, necessariamente, em reexame do contexto probatório dos autos, providência vedada em recurso especial, em virtude do óbice da Súmula 7/STJ.

4. A obtenção do parcelamento não influencia a existência de medida cautelar fiscal já deferida, visto que são institutos diversos submetidos a condições diversas em leis específicas, a teor do art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.397/92, que permite a coexistência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário (parcelamento) e o deferimento anterior de medida cautelar fiscal.

5. Agravo interno não provido.”

(AgRg no AREsp 828.242/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 22/02/2017) (grifei)

Também é este o entendimento deste Tribunal, a saber:

“TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. LEIS 8.397/92 E 9.532/1997. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO. PERDA DE OBJETO PARCIAL EM RAZÃO DO PAGAMENTO DE PARTE DOS CRÉDITOS. PARCELAMENTO. MANUTENÇÃO DA INDISPONIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

1. Em consulta ao sistema informatizado da Justiça Federal de 1º Grau, observa-se que foi ajuizada, no curso desta ação, a execução fiscal subjacente nº 00060690220154036144. Logo, com o ajuizamento da execução fiscal, a discussão acerca da necessidade ou não de constituição definitiva do crédito tributário para a propositura de cautelar fiscal restou superada, razão pela qual tenho por prejudicada a apelação neste ponto.

2. Comprovada nos autos a existência do crédito tributário devidamente constituído, erros contínuos em sucessivos parcelamentos firmados pela empresa devedora, e ainda a insuficiência do patrimônio conhecido, resta configurada a hipótese do art. 2º, VI, da Lei nº 8.397/1992, e, preenchidos os requisitos do art. 3º da mesma lei, é legítima a concessão da medida cautelar requerida para a salvaguarda da satisfação do crédito tributário. Precedentes desta C. Corte.

3. Na multiplicidade de dívidas indicadas nos autos, a adesão a programa de parcelamento de débito não extingue a dívida fiscal, de modo que remanesce a possibilidade de superveniência de penhora para garantia da execução, caso sobrevenha o inadimplemento do acordo.

4. Devem persistir os efeitos da cautelar fiscal, ex vi do disposto no § único do art. 12 da Lei nº 8.397/92, segundo o qual esta conserva sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário, na medida em que inexistir previsão, no art. 13 da mesma lei, da cessação de sua eficácia em razão de parcelamento.

5. Apelação provida.”

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2256601 - 0007898-18.2015.4.03.6144, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 09/05/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2019) (grifei)

Ressalte-se, ademais, que o parcelamento suspende o crédito tributário, mas que a medida cautelar fiscal conserva sua eficácia mesmo enquanto pendente a suspensão do crédito tributário, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.397/92, *in verbis*:

“Art. 12. A medida cautelar fiscal conserva a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo de execução judicial da Dívida Ativa, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão em contrário, a medida cautelar fiscal conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário.” (grifei)

Demais disso, cumpre apontar que não restou comprovada nos autos a efetiva quitação do parcelamento, o que acarretaria a cessação da eficácia da medida cautelar fiscal. Nesse sentido, o artigo 13 da Lei 8.397/92:

“Art. 13. Cessa a eficácia da medida cautelar fiscal:

I - se a Fazenda Pública não propuser a execução judicial da Dívida Ativa no prazo fixado no art. 11 desta lei;

II - se não for executada dentro de trinta dias;

III - se for julgada extinta a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública;

IV - se o requerido promover a quitação do débito que está sendo executado.

Parágrafo único. Se, por qualquer motivo, cessar a eficácia da medida, é defeso à Fazenda Pública repetir o pedido pelo mesmo fundamento.” (grifei)

Assim, havendo nos autos apenas prova de que a empresa requerida aderiu ao parcelamento (f. 1-2 – ID 90303028), sem a comprovação de que houve a efetiva quitação do débito, não há que se falar na aplicação do artigo 13, IV, da Lei 8.397/92, tampouco em extinção do processo sem julgamento de mérito.

Desse modo, a sentença há de ser reformada, para que, aplicando-se o artigo 1013, § 3º, I, do Código de Processo Civil, seja reconhecida a existência de interesse processual da União em assegurar a eventual execução fiscal por meio da decretação de indisponibilidade dos bens dos requeridos.

No que tange aos honorários advocatícios, à luz do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista os princípios da sucumbência, da causalidade, da equidade e da razoabilidade, devem os requeridos responder pelo pagamento de honorários advocatícios.

O montante dos honorários advocatícios arbitro em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), o que equivale a aproximadamente 1% (um por cento) do valor da causa atualizado – considerando que R\$1.556.851,06 (um milhão, quinhentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e um reais e seis centavos), em valores vigentes em 01.2003, atualizados até 09.2019, correspondem a cerca de R\$ 4.233.528,12 (quatro milhões, duzentos e trinta e três mil, quinhentos e vinte e oito reais e doze centavos), em cálculos efetuados com auxílio do sítio eletrônico <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>. A correção deve seguir o Manual para Orientação de Cálculos da Justiça Federal.

Tendo em vista o acolhimento do recurso de apelação interposto pela União, fica prejudicado o recurso de apelação interposto pelos requeridos.

Ante o exposto, **dou provimento à apelação da União; e, julgo prejudicada à apelação interposta pelos requeridos.**

É como voto.

BEHELENA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. ADESÃO A PARCELAMENTO. INTERESSE DE AGIR DA UNIÃO REMANESCENTE. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO AFASTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA. APELAÇÃO DOS REQUERIDOS PREJUDICADA.

1. A medida cautelar fiscal consiste em um instrumento por meio do qual a União assegura a satisfação de seus créditos tributários ou não tributários, nos moldes previstos na Lei 8.397/92, com redação dada pela Lei nº 9.532/1997.
2. Os requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal, presentes no caso em tela, são: i) a prova literal da constituição do crédito fiscal; ii) a prova documental que demonstre alguma das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei 8.397/92.
3. O pedido posterior de parcelamento não traz reflexos no julgamento da medida cautelar fiscal, pois remanesce o interesse processual da Fazenda em assegurar as garantias voltadas à efetivação do crédito tributário. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
4. Havendo nos autos apenas prova de que a empresa requerida aderiu ao parcelamento, sem a comprovação de que houve a efetiva quitação do débito, não há que se falar na aplicação do artigo 13, IV, da Lei 8.397/92, tampouco em extinção do processo sem julgamento de mérito.
5. No que tange aos honorários advocatícios, à luz do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista os princípios da sucumbência, da causalidade, da equidade e da razoabilidade, devem os requeridos responder pelo pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), o que equivale a aproximadamente 1% (um por cento) do valor da causa atualizado.
6. Apelação da União provida. Apelação dos requeridos prejudicada.

BEHELENA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da União; e, julgou prejudicada à apelação interposta pelos requeridos., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008392-92.2018.4.03.6109

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

APELADO: D & E - SERVICOS TEMPORARIOS E ESPECIALIZADOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP243583-A, ARUSCA KELLY CANDIDO - SP352712-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008392-92.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: D & E - SERVICOS TEMPORARIOS E ESPECIALIZADOS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP243583-A, ARUSCA KELLY CANDIDO - SP352712-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem, para determinar a exclusão do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A União requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por constituir, referido tributo, o faturamento e a receita da empresa e compor o preço do serviço;

b) pendem de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, nos autos do RE n.º 574.706, onde sequer foi delimitado o alcance quanto ao próprio ICMS, sendo descabida a extensão de seus efeitos ao ISS.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Alice Kanaan, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta, para julgamento pela Turma.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5008392-92.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: D & E - SERVICOS TEMPORARIOS E ESPECIALIZADOS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: RICARDO ALBERTO LAZINHO - SP243583-A, ARUSCA KELLY CANDIDO - SP352712-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, 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)

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.

Indo adiante, 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, 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)

"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/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

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.

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, tomando-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)

Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

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 pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado 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 constitui 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.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 13.670/2018.

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, pronuncie-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** à remessa oficial apenas para determinar a observância do art. 26-A da Lei n.º 13.670/2018 e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do e. 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

3. 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.

4. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

5. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

6. Em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei nº 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei nº 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei 13.670/2018.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial provida em parte apenas para determinar a observância do art. 26-A da Lei nº 13.670/2018. Recurso de apelação desprovido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial apenas para determinar a observância do art. 26-A da Lei nº 13.670/2018 e NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009051-78.2007.4.03.6108

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, H.R. PRESTACAO DE SERVICOS GERAIS S/S LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SIMONE REGINA DE SOUZA KAPITANGO A SAMBA - SP205337

Advogado do(a) APELANTE: CLECIO ROBERTO HASS - SP206407-A

APELADO: CIA DE SANEAMENTO BASICO DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: RENER VEIGA - SP104397

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009051-78.2007.4.03.6108

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, H.R. PRESTACAO DE SERVICOS GERAIS S/S LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SIMONE REGINA DE SOUZA KAPITANGO A SAMBA - SP205337

Advogado do(a) APELANTE: CLECIO ROBERTO HASS - SP206407

APELADO: CIA DE SANEAMENTO BASICO DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: RENER VEIGA - SP104397

RELATÓRIO

Trata-se de apelações em ação de rito ordinário, ajuizada pela **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT**, em face da **Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP** e de **H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S**, objetivando a anulação do Contrato nº 42.222/06-RT, no que se refere à entrega de contas e outros documentos, além da condenação das rés ao pagamento de indenização por danos materiais, em razão do monopólio exclusivo que mantém sobre a prestação de serviços postais.

A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida, para proibir as rés de prestarem o serviço de transporte e entrega de avisos de cobrança de contas de água em relação aos consumidores abrangidos pelo Contrato nº 42.222/06-RT (Id 90181304, p. 104-118).

Contra referida decisão, a SABESP interpôs agravo de instrumento (Id 90181305, p. 129-143 e Id 90181305, p. 90181306, p. 1-21), ao qual foi deferido o efeito suspensivo à decisão que antecipou os efeitos da tutela pela Terceira Turma deste Tribunal (Id 90181306, p. 41-45).

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, declarando a nulidade do Contrato nº 42.222/06-RT, proibindo as rés de prestarem o serviço de transporte e entrega de avisos de cobrança de contas de água. Ainda, condenou as rés, solidariamente, a pagarem indenização à ECT, consistente nos lucros cessantes decorrentes da prestação de serviço postal (transporte e entrega dos avisos de cobrança de contas de água) relativos ao referido contrato e suas eventuais prorrogações, cujo valor será apurado em liquidação por arbitramento, bem como pagamento de honorários de sucumbência, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da indenização (Id 90181181, p. 32-43).

A SABESP apelou, aduzindo, em síntese, que (Id 90181181, p. 101-116 e Id 90181332, p. 1-8):

- a) a sentença foi proferida de forma precipitada, eivada de ilegalidade, devendo ser suspensos seus efeitos sob pena de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação;
- b) seria necessária adequação gigantesca na base operacional da Unidade de Negócio Baixo Tietê e Grande da SABESP para atender aos requisitos da ECT, em prejuízo ao erário, tendo em vista que tal dispêndio não está previsto na composição do preço do serviço fornecido ao cliente;
- c) a determinação de suspensão da execução dos serviços contratados de transporte e entrega dos avisos de cobrança de contas de água no prazo máximo de vinte dias esbarra no princípio da razoabilidade, pela impossibilidade material de seu cumprimento;
- d) a contratação da ECT para a entrega de avisos de cobrança de contas de água também é inviável em razão dos preços praticados, muito superiores àqueles que são realizados atualmente pela empresa terceirizada;
- e) conforme nota técnica juntada ao presente recurso, o cumprimento da determinação judicial implicará na não distribuição das contas nas datas estabelecidas, já conhecidas e aguardadas pelos clientes, os quais ficarão tolhidos de seu direito de verificar os valores que estão sendo cobrados ou debitados de suas contas correntes, o volume apurado de seu consumo, as orientações técnicas que resguardam a qualidade do fornecimento de água, e também serão impedidos de efetuar o pagamento do débito devido na data de vencimento prevista, impactando não somente na adequação dos serviços prestados, mas principalmente na receita e imagem da empresa;

f) assim, a SABESP será obrigada a contratar um serviço com uma empresa que possui um preço maior e que não atende às suas necessidades, com comprometimento nas áreas de investimento prioritárias, qual seja, saneamento básico e as finalidades descritas nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal;

g) os preços praticados pela ECT exclusivamente para o envio de correspondência (R\$ 0,85 por conta entregue) no início da vigência do contrato, custavam mais que o dobro daquele licitado pela SABESP (R\$ 0,22 por conta entregue);

h) qualquer alteração na equação equilíbrio econômico-financeiro, comprometendo o faturamento da SABESP (possui papéis no mercado interno e externo, operando na BOVESPA e na Bolsa de Valores de Nova York), poderá gerar sérios prejuízos e lesão às suas finanças, e, conseqüentemente, à saúde pública, em razão dos impactos na execução dos serviços de saneamento básico;

i) a contratação dos referidos serviços não constituem prestação de serviços de coleta, transporte e entrega de correspondência externas e fachadas com endereçamento – CEP, mas sim mera entrega de contas e documentos com prestação de apuração de consumo informatizada, conforme demonstrado no objeto do contrato de licitação firmado entre as rés;

j) a empresa HR Prestação de Serviços Gerais realiza a apuração de consumo informatizada, compreendendo a leitura de hidrômetros instalados nos imóveis situados em locais operados pela SABESP, sendo que o serviço de entrega de documentos corresponde a entrega da conta, espelho da conta, extrato de débito e folhetos informativos da qualidade da água, instruções de como e quando proceder à limpeza e desinfecção de reservatórios e outras informações de caráter não pessoal, que não comportam sigilo, sendo documentos abertos, não se incluindo, portanto, no conceito legal de carta;

k) as contas de consumo da SABESP são documentos abertos, vinculadas ao imóvel, não sujeitos à violação;

l) a evolução tecnológica não consegue mais desvencilhar o ato de medição dos hidrômetros com a respectiva entrega da conta de consumo de água, sendo fases sucessivas operacionais que fazem parte do serviço público de fornecimento de água, não se incluindo na atividade de monopólio da União;

m) a ECT não consegue atuar em todos os locais servidos pela SABESP;

n) inexistência de obrigação de indenizar a ECT.

A ECT apelou, aduzindo, em síntese, que (Id 90181339, p. 44-58):

a) embora a sentença tenha julgado procedente a demanda, o Juízo *a quo* limitou a indenização aos lucros cessantes a ser apurado em liquidação;

b) requer a condenação dos réus ao pagamento dos danos correspondentes aos valores que deixaram de ser repassados aos cofres da empresa pública federal, decorrentes da contratação ilegal, declarada nula pelo Poder Judiciário.

Apelou finalmente a empresa H.R. Prestação de Serviços Gerais S/S, sustentando, em síntese (Id 90181339, p. 59-81):

a) ilegalidade em razão do fracionamento do objeto da licitação, criando duas situações para um mesmo objetivo: a leitura e a entrega das contas são atribuições que se complementam, compondo um mesmo pacote licitatório;

b) as motivações da ECT são resultado de um entendimento equivocado, uma vez que não há concorrência direta com seus serviços, posto que a apelante foi vencedora no processo de pregão, concorrendo com número expressivo de empresas;

c) o serviço prestado pela apelante não é postal, pois envolve conhecimento técnicos específicos para a leitura e consequente consignação, no documento, do valor a ser pago pelo usuário;

d) a ECT não possui condições de prestar esse serviço de caráter especial;

f) as contas de consumo de água não correspondem à noção de 'cartas', não se classificando como prestação de serviço postal.

Com contrarrazões, vieram os autos ao Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009051-78.2007.4.03.6108

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, H.R. PRESTACAO DE SERVICOS GERAIS S/S LTDA

Advogado do(a) APELANTE: SIMONE REGINA DE SOUZA KAPITANGO A SAMBA - SP205337

Advogado do(a) APELANTE: CLECIO ROBERTO HASS - SP206407

APELADO: CIA DE SANEAMENTO BASICO DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: RENER VEIGA - SP104397

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator):

A questão discutida nos autos consiste em esclarecer se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT teria exclusividade na entrega de contas, avisos de corte de fornecimento, avisos de débito, segunda via de contas de água e documentos correlatos, em razão do monopólio postal conferido pela Constituição Federal, bem assim se faria jus a ressarcimento por danos materiais, tendo em vista a prestação de serviço de entrega de tais documentos por empresa terceirizada - H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S - contratada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública federal, foi criada pelo Decreto-Lei nº 509/69 para exercer, com exclusividade, a prestação de serviços postais em todo o território brasileiro.

Por sua vez, os serviços postais foram regulamentados pela Lei nº 6.538/78, cujo art. 9º prevê o monopólio da União para a exploração dessa atividade, *verbis*:

Art. 9º São exploradas pela União, em regime de monopólio as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada.

(...)

§2º Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, X, trouxe a competência exclusiva para manter o serviço postal a cargo da União, cuja atribuição lhe pertence desde a Constituição de 1934.

Ademais, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da exploração, pela União Federal, em regime de monopólio, das atividades postais (artigo 9º, I, da Lei 6.538/78), executado através da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a partir do julgamento da ADPF 46 (sessão de 05.08.09), relator designado Ministro EROS GRAU, DJe 26.02.10, Ata 4/2010, *in verbis*:

"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal — conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado — não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo."

O artigo 9º, I, da Lei nº 6.538/78, dispõe que o monopólio abrange as atividades de "recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal". Por sua vez, o artigo 47 do mesmo diploma fornece o conceito legal de "carta" como sendo "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário".

Especificamente em relação à entrega de contas de consumo de água, esgoto e serviços, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que se subsume ao conceito legal de carta, estando sujeita ao regime de monopólio da ECT:

RE 594.908, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe-167 03.09.09: "DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA, ESGOTO E SERVIÇOS. REGIME DE PRESTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE ESTATAL DA ATIVIDADE PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região julgou apelação em mandado de segurança, nos termos seguintes: "CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SERVIÇO POSTAL. MANUTENÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL. SERVIÇO DE ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA, ESGOTO E SERVIÇOS. LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. CF/88, ART. 21, X, I - Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública (Súmula nº. 333/STJ). II - O serviço de coleta, transporte e entrega de documentos constitui serviço postal, cuja manutenção compete à União Federal, nos termos do art. 21, X, da Carta Magna. III - Ressalva-se, contudo, a situação das empresas públicas estatais, que, diretamente, ou através de terceiros, exploram e administram os serviços de água e esgoto fazendo a leitura eletrônica do consumo de água, em cada endereço residencial ou comercial, com a notificação imediata da fatura eletrônica para o pagamento mensal, com maior segurança e economia para o consumidor; no controle do serviço prestado de água e esgoto. IV - Apelação desprovida. Sentença confirmada" (fl. 374). 3. A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria afrontado os arts. 2º e 21, inc. X, da Constituição. Argumenta que: "é carta toda comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário. Não há dúvida que as contas/faturas de água e esgoto se encaixam nesse conceito, pois são comunicações escritas de natureza comercial cuja informação sobre o valor cobrado é de interesse específico do contribuinte destinatário. (...) Como visto, o conceito de carta é o mais amplo possível, não sendo compatível com interpretações que procuram imprimir ao vocábulo um conceito restrito baseadas em análises de cunho semântico, sob pena de contrariar a mens legis, quando o que verdadeiramente impera neste campo é o conceito legal de carta" (fls. 436-437). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica assiste à Recorrente. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46, este Supremo Tribunal manteve, por maioria de votos, a exclusividade da Empresa Brasileira de correios e Telégrafos - ECT para entrega de cartas (incluída a distribuição de boletos), pois, por se tratar de prestação de serviço público, considerou recepcionado pela Constituição da República o art. 47 da Lei n. 6.538/78 e entendeu que estavam excluídos do conceito de serviço postal apenas as encomendas e os impressos, nos termos do voto divergente do Ministro Eros Grau, que foi designado Redator para o acórdão. O Informativo-STF n. 554 divulgou o julgamento nos seguintes termos: "O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED, em que se pretendia a declaração da não-recepção, pela CF/88, da Lei 6.538/78, que instituiu o monopólio das atividades postais pela Empresa Brasileira de correios e Telégrafos - ECT -v. Informativos 392, 409 e 510. Prevaleceu o voto do Min. Eros Grau, que, tendo em conta a orientação fixada pelo Supremo na ACO 765 QO/RJ (pendente de publicação), no sentido de que o serviço postal constitui serviço público, portanto, não atividade econômica em sentido estrito, considerou inócua a argumentação em torno da ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Distinguindo o regime de privilégio de que se reveste a prestação dos serviços públicos do regime de monopólio, afirmou que os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário. Asseverou, que a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209 (CF: Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...) Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada.). Ressaltou o Min. Eros Grau que o serviço postal é prestado pela ECT, empresa pública criada pelo Decreto-Lei 509/69, que foi recebido pela CF/88, a qual deve atuar em regime de exclusividade (em linguagem técnica, em situação de privilégio, e, em linguagem corrente, em regime de monopólio), estando o âmbito do serviço postal bem delineado nos artigos 70 e seguintes da Lei 6.538/78, também recebida pela CF/88. Por fim, julgando insuficiente a atuação subsidiária do Estado para solução dos conflitos da realidade nacional, considerou que, vigentes os artigos 1º e 3º da CF, haver-se-ia de exigir um Estado forte e apto a garantir a todos uma existência digna, sendo incompatível com a Constituição a proposta de substituição do Estado pela sociedade civil. Nesta assentada, o Min. Carlos Britto apresentou esclarecimentos sobre seu voto, afirmando excluir do conceito de serviço postal apenas a entrega de encomendas e impressos. Concluiu, assim, pela improcedência do pedido. Quanto a essa parte, ficaram vencidos o Min. Marco Aurélio, relator, que julgava procedente o pleito e os Ministros Gilmar Mendes, Presidente, que reajustou o voto proferido na assentada anterior; Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais o julgavam parcialmente procedente, para fixar a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitar-se-ia ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/78, não abrangendo a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos". Embora essa decisão ainda não tenha sido publicada, as razões expandidas como sua fundamentação podem ser utilizadas para o julgamento de questões idênticas, como a dos autos. O acórdão recorrido divergiu daquela orientação deste Supremo Tribunal, em contrariedade ao direito da ora Recorrente. 5. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Considerando a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, deixo de condenar ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Publique-se."

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento de que não viola o monopólio postal conferido à ECT a entrega diretamente aos contribuintes, por agente de empresas concessionária de serviço público de distribuição de água e esgoto, de energia elétrica, ou, ainda, de carnês de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), por agentes municipais, tendo em vista que tais ações não se inserem no conceito de serviço postal de que trata o art. 9º da Lei nº 6.538/78:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. VIOLAÇÃO DA LEI Nº 6.538/78. PRIVILÉGIO DA UNIÃO NA MANUTENÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO POSTAL. ENTREGA DE CARNÊS DE IPTU POR AGENTES ADMINISTRATIVOS DO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE.

1. A entrega de carnês de IPTU pelos municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, não viola o privilégio da União na manutenção do serviço público postal.

2. A notificação, porque integra o procedimento de constituição do crédito tributário, é ato próprio dos entes federativos no exercício da competência tributária, que a podem delegar ao serviço público postal.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1141300/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010) g.n.”

Ocorre que o caso discutido nos autos trata de hipótese diversa, qual seja, a possibilidade da empresa H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S, contratada pela concessionária de serviço público Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, por meio de Pregão, efetuar a leitura informatizada, com emissão e entrega simultânea das contas dos serviços.

Embora no julgamento do RE 667.958 (DJe de 28/03/2012, Tema 527), o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a existência de repercussão geral da questão relativa à possibilidade, ou não, de os entes federados, empresas e entidades públicas ou privadas entregarem guias de arrecadação tributária ou boletos de cobrança aos contribuintes ou consumidores sem o intermédio dos correios, não houve a determinação de suspensão dos processos.

Assim, não se vislumbra, em princípio, ofensa ao monopólio postal a contratação de empresa no caso de atividade complexa destinado à leitura eletrônica com emissão e entrega simultânea de conta de consumo. A jurisprudência passou a concluir que no caso de leitura de hidrômetros com aparelho técnico adequado, que simultaneamente reúne as etapas de medição, emissão e entrega das faturas, não ocorre violação à exclusividade do serviço postal. *Verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ECT - PRIVILÉGIO E EXCLUSIVIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO POSTAL. ARTIGO 21, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 6.538/78. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE FATURA DE COBRANÇA DE CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO. EMPRESA CONTRATADA PELO MUNICÍPIO. EDITAL DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRIVILÉGIO. EXCEÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT-DR/SPI em face de r. sentença de fls. 692/701 que, em autos de ação declaratória de nulidade de negócios jurídicos cumulada com ação condenatória por perdas e danos com pedido de tutela antecipada, julgou (a) procedente o pedido da autora, ECT, para impedir que a apelada Ponto Forte Construções & Empreendimentos Limitada continue a entregar contas de água e/ou de outros documentos, objeto de contrato com a apelada Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto (SEMAE), autarquia municipal; (b) improcedente o pedido de condenação solidária das ré, ora apeladas, ao pagamento de ressarcimentos por danos materiais, por ausência de amparo jurídico, eis que a ECT não sofreu danos materiais, tendo apenas não recebido receitas oriundas das entregas de boletas de contas d'água. Não houve condenação em honorários advocatícios, tendo o Juiz a quo reconhecido à sucumbência recíproca.

2. As atividades de serviço postal e o correio aéreo nacional estão previstas no art. 21, inciso X, da Constituição Federal, como competências a serem mantidas pela União. Tal serviço é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, integrante da Administração Indireta da União, em regime de privilégio em relação às atividades descritas no art. 9º da Lei nº 6.538/78.

3. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 46, consolidou a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da exploração, pela União Federal, em regime de monopólio, das atividades postais constantes do art. 9º da Lei Federal nº 6.538/78, a serem executadas através da ECT.

4. Especificamente sobre a entrega de contas ou guias de consumo de água, o STF firmou entendimento no sentido de que tais documentos se inserem no conceito de carta, previsto no art. 47 da Lei nº 6.538/78, estando, portanto, sujeitos ao regime de privilégio ou monopólio da União, exercido pela ECT: RE 594.908, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe-167 03.09.09: "DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE CONTAS DE ÁGUA, ESGOTO E SERVIÇOS. REGIME DE PRESTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE ESTATAL DA ATIVIDADE PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS -ECT. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

5. A jurisprudência passou a concluir que a entrega de faturas de consumo de água se caracteriza como carta apenas se não tratar-se de faturas efetuadas simultaneamente à leitura dos hidrômetros. Ou seja, tratando-se de leitura de hidrômetros, com aparelho técnico adequado, que simultaneamente reúne as etapas de medição, emissão e entrega das faturas não ocorre violação a exclusividade do serviço postal.

6. Em relação à nulidade da sentença por ser essa ultra petita, sem razão a apelante. O juiz a quo, portanto, apenas estabeleceu que se a entrega das faturas de cobrança pelo carregamento de água e esgoto for realizada pela forma de medição, emissão e entrega simultânea, através de aparelho técnico específico, a entrega por empresa contratada é permitida, eis que tal documento, nesta hipótese, não se caracteriza como carta.

7. A ECT realmente deixou de receber receitas, que, em regra, seria auferida com a atividade postal, mas também deixou de prestar o serviço. Este, ainda que equivocadamente, foi prestado pela empresa apelada Ponto Forte, de forma que o pagamento por danos materiais à ECT configuraria, na espécie, enriquecimento ilícito.

8. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1643503 - 0007792-88.2006.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3: 29/07/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ECT. MONOPÓLIO DOS SERVIÇOS POSTAIS. SERVIÇO SIMULTÂNEO DE LEITURA, IMPRESSÃO E ENTREGA DE FATURA. OFENSA AO MONOPÓLIO DE SERVIÇO POSTAL PRESTADO PELA ECT. INOCORRÊNCIA.

1. O Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 05.08.2009, ao julgar improcedente a ADPF sob n.º 46/DF, declarou que a Lei n.º 6.538/78, que trata do privilégio da entrega de correspondências pelos Correios, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição Federal. Na mesma oportunidade, o Pretório Excelso deu interpretação ao artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido Diploma Legal.

2. No caso em tela trata-se de leitura de dados e simultânea emissão e entrega das faturas. Não apenas o serviço foi realizado diretamente pela empresa como não envolveu qualquer utilização de serviço de entrega.

3. Inocorrente infração ao monopólio do serviço postal reservado à ECT. Precedentes desta Corte.

4. Agravo Retido improvido.

5. Apelo improvido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1741241 - 0019748-80.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 19/04/2017, e-DJF3: 18/05/2017)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ECT. PRIVILÉGIO POSTAL. LEI Nº 6.538/78. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE FATURA DE COBRANÇA DE CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO. MEDIÇÃO IMEDIATA. PREGÃO. POSSIBILIDADE. SEGUNDAS VIAS DE CONTA. DOCUMENTOS AVULSOS. COMUNICADOS. FOLHETOS. VIOLAÇÃO AO PRIVILÉGIO. DANO MATERIAL. NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), Empresa Pública Federal, foi criada pelo Decreto-Lei n.º 509, de 20/03/1969, para exercer com exclusividade, a prestação de serviços postais, em todo o território brasileiro, cuja competência foi constitucionalmente outorgada à União Federal (art. 21, X).

2. A Lei n.º 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais, conceituou os objetos de correspondência a serem entregues mediante a prestação desse serviço.

3. Por sua vez, o regulamento aprovado pelo Decreto n.º 83.858/79, em seu art. 17, estabelecia as hipóteses de exclusão do regime de monopólio das atividades postais, cabendo destacar a alínea "n", nos seguintes termos: o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público.

4. Ainda acerca do tema, o Plenário do STF, em sessão do dia 05/08/09, ao julgar improcedente a ADPF n.º 46/DF, declarou que a Lei n.º 6.538/78, que trata do monopólio dos Correios, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição da República.

5. Na mesma oportunidade, o Pretório Excelso deu interpretação conforme ao art. 42, da Lei n.º 6.538/78, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º, do referido diploma legal.

6. A discussão envolveu debate sobre o que seria considerado "carta" para os fins do art. 9º, da Lei n.º 6.538/78, tendo ficado assentado que o conceito abarca as correspondências, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário (art. 47, da Lei n.º 6.538/78), incluindo, portanto, cartas pessoais, contas de serviços públicos, boletos de cartões de crédito, sendo certo que tanto estas como os cartões-postais e as correspondências agrupadas (malotes) só poderão ser transportados pelos Correios, enquanto os demais tipos de correspondências, como jornais e revistas, e demais encomendas estão excluídas do monopólio da União, previsto no art. 21, inciso X, do Texto Maior.

7. Não obstante, no caso vertente, trata-se de contratação de empresa para a prestação de serviços de leitura informatizada de hidrômetros com microcoletor de dados portátil, entrega de contas normais não envelopadas, entrega de outros documentos (espelho de conta, segunda via de conta unificada e folheto não endereçado) e vistoria cadastral, avulsa, para os municípios operados pela unidade de negócio alto Paranapanema-RA (fls.102).

8. No termo de referência os conceitos são explicitados nas fls. 138/140.

9. Ora, na hipótese de leitura do hidrômetro com impressão e entrega simultâneas de contas ao consumidor, inexistente o alegado monopólio, não sendo possível o enquadramento da atividade como serviço postal.

10. No entanto, para os casos relativos à entrega de segunda via da conta, segunda via de conta unificada, folhetos, documentos avulsos e comunicados (conforme conceitos de fl. 139), há efetiva violação do monopólio postal da apelada, pois os referidos apontamentos se inserem no conceito de carta, devendo, nestes tópicos, ser reconhecida a nulidade do pregão Sabesp online n.º 03.053/10.

12. Por fim, afasto a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, visto que estes não foram devidamente comprovados.

13. Ainda que a ECT alegue que sofreu prejuízos patrimoniais, decorrentes da violação ao seu monopólio postal, é necessário ressaltar que o serviço, mesmo que de forma indevida, foi realizado pela empresa corré. Assim, a ECT deixou de auferir renda, mas também deixou de prestar o serviço, razão pela qual o pagamento de indenização por danos materiais configuraria enriquecimento ilícito.

14. Dessa maneira, reformo parcialmente a r. sentença, para determinar que a contratação de empresa somente para prestação de serviços de leitura de hidrômetros, com emissão e entrega simultâneas de faturas de consumo de água e/ou esgoto, por meio de licitação, não constitui ofensa ao monopólio do serviço postal, ou mais tecnicamente, ao privilégio da exclusividade da ECT para a prestação do aludido serviço público. Ademais, afasto a indenização em danos materiais, não efetivamente experimentados.

15. Em razão de serem a autora e as rés parcialmente vencedoras e vencidas, de rigor o reconhecimento da sucumbência recíproca.

16. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1712324 - 0002682-57.2010.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 24/11/2016, e-DJF3: 07/12/2016)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AGRAVO INOMINADO. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE POSTAL. ARTIGO 9º DA LEI 6.538/78. MONOPÓLIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. FATURA DE CONSUMO DE ÁGUA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. ARTIGO 557, CPC. RECURSO DESPROVIDO. 1. Firmada a jurisprudência no sentido de que a entrega de fatura de consumo de água insere-se no monopólio da ECT para exploração de serviço postal, salvo na hipótese em que tal entrega seja feita de imediato, quando da própria leitura do hidrômetro com impressão, no local, da respectiva fatura, pois tal procedimento não envolve a prestação específica e típica de serviço postal, mas revela, de forma diversa, a realização de atividade própria e complexa vinculada ao tipo de serviço explorado pela empresa de fornecimento de água. 2. No caso dos autos, a contratação refere-se a serviço de leitura de hidrômetro com ou sem emissão de fatura, o que significa que somente a entrega de fatura, não associada à imediata leitura e impressão, configura ofensa ao monopólio estatal do serviço postal. 3. O fato de um julgado ter se referido à necessidade de que a entrega seja feita, diretamente por funcionário da própria estatal prestadora do serviço de água, não elide a interpretação que se fez, nos demais arestos, quanto à unidade do procedimento de leitura, impressão e entrega como suficiente para assim descaracterizar a usurpação do monopólio da ECT para entrega postal. 4. Agravo inominado desprovido."(AC 2007.61.05014581-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 08/04/2011)

"ADMINISTRATIVO. PREGÃO SABESP. ECT. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LEITURA INFORMATIZADA DE HIDRÔMETROS COM MICROCOLETOR DE DADOS PORTÁTIL, ENTREGA DE CONTAS NORMAIS NÃO-ENVELOPADAS, ENTREGA DE OUTROS DOCUMENTOS (ESPELHO DE CONTA, SEGUNDA VIA DE CONTA UNIFICADA E FOLHETO NÃO ENDEREÇADO) E VISTORIA CADASTRAL AVULSA ATIVIDADES NÃO INCLUÍDAS NO MONOPÓLIO DE SERVIÇO POSTAL. 1. Legitimidade passiva ad causam da co-ré TCM Serviços de Limpeza e Conservação Ltda., tendo em vista que o pedido formulado nos autos originários abrange o envolvimento direto da empresa na questão, decorrente de relação contratual com a co-ré SABESP, evidenciando a necessidade de sua participação na lide. 2. A atividade objeto do Pregão SABESP 03.053/10, consistente na prestação de serviços de leitura informatizada de hidrômetros com microcoletor de dados portátil, entrega de contas normais não-envelopadas, entrega de outros documentos (espelho de conta, segunda via de conta unificada e folheto não endereçado) e vistoria cadastral avulsa, não se inclui entre as exercidas exclusivamente pela ECT, não constituindo ofensa ao monopólio de serviço postal. 3. Destaque-se que dentre as atividades ora questionadas, incluem-se de forma indissociável, a coleta de dados de hidrômetros, bem como a entrega de contas em locais que não possuem o código de endereçamento postal (CEP), nitidamente fora da abrangência dos serviços oferecidos pela ECT. Precedentes jurisprudenciais. 4. Rejeitado o pedido de suspensão do Pregão Sabesp On Line (RA) 03.053/10 e do contrato dele advindo. 5. O acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7, que julgou o pedido improcedente, por maioria de votos, no qual o C. STF deu interpretação ao artigo 42 da Lei nº. 6.538, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º da referida Lei, ainda não transitou em julgado, pendente o julgamento de Embargos de Declaração. 6. Agravo de instrumento parcialmente provido, apenas para reconhecer a legitimidade passiva ad causam da co-ré TCM Serviços de Limpeza e Conservação Ltda." (AI 2010.03.00013735-5, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJF3 10/11/2010)

No mesmo sentido, precedentes de outras Cortes Regionais:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PROMOVIDA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO PARA LEITURA DE HIDRÔMETRO E ENTREGA SIMULTÂNEA DA RESPECTIVA CONTA. ATIVIDADE NÃO INCLUÍDA NO MONOPÓLIO POSTAL. 1. Não viola o monopólio postal da União a licitação promovida por concessionária de serviço público que inclui em seu objeto a entrega de faturas de água, uma vez que é feita imediatamente após leitura do hidrômetro e emissão da respectiva conta, por meio de coletor eletrônico equipado com impressora. Precedentes da Quinta Turma desta Corte e do TRF4 em casos análogos. 2. Apelação da ECT e remessa oficial desprovidas."

(AC 2009.42.00000393-5, Rel. Juiz Conv. RENATO MARTINS, e-DJF1 15/04/2011)

"ADMINISTRATIVO. LEITURA DE HIDRÔMETROS E IMPRESSÃO SIMULTÂNEA DE CONTAS COM ENTREGA AO CONSUMIDOR. ECT. SERVIÇO POSTAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 25, LEI N.º 8.666/93. VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. A existência de várias empresas especializadas, descaracteriza a inviabilidade de competição, desautorizando a contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei n.º 8.666/93. A leitura de hidrômetros por meio eletrônico com impressão simultânea de contas de consumo de água, não apresenta as características de serviço postal que conferem exclusividade à da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, como empresa pública, quando não exerce atividade postal típica, sujeita-se às regras de mercado, à livre concorrência e aos demais princípios da ordem econômica estampados na CF/88. Não viola o monopólio postal conferido à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a contratação por licitação de empresa prestadora de serviços de leitura de hidrômetros com impressão e entrega simultânea de contas de consumo ao consumidor final. Caracterizada a viabilidade de competição, justifica-se a antecipação da tutela para suspender a contratação por inexigibilidade de licitação até o julgamento final da ação. 2. Apelações improvidas."

(AC 2005.71.00018490-3, Rel. Des. FEed. THOMPSON FLORES LENZ, D.E. 28/04/2010)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INEXISTÊNCIA. CONCEITO DE CARTA. ART. 47 DA LEI Nº 6.538/78. LEITURA INFORMATIZADA DE DADOS E FATURAMENTO NO LOCAL DA UNIDADE CONSUMIDORA. ENTREGA CONCOMITANTE DE CONTAS/FATURAS DE CONSUMO DE ÁGUA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 21 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Hipótese em que a recorrente afirma que a forma de entrega das contas de consumo de água sob a forma de LIES - Leitura, Impressão e Entrega Simultânea, constitui afronta ao monopólio postal da União, sob o argumento de que a entrega física domiciliar de contas constitui atividade realizada com exclusividade pela empresa ora apelante. 2. Não há que se falar em preclusão pro judicato para se determinar a realização de inspeção judicial. Pelo princípio do livre convencimento motivado o Juiz é soberano na análise e valoração das provas na formação do seu convencimento, estando limitado pela exposição dos motivos que embasam o provimento enunciado. No caso presente, o Juízo de primeiro grau entendeu que a realização da inspeção se fazia necessária para a demonstração da forma de operacionalização dos serviços objeto da lide, dada a sua singularidade e as suas peculiaridades. 3. O artigo 47 da Lei nº 6.538/78 explicita o conceito de carta, estabelecendo que deve ser assim considerado "Objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário". 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ADPF sob nº 46/DF, declarou que a Lei nº 6.538/78, que trata do monopólio dos Correios, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição Federal. 5. O serviço na modalidade LIES ora questionado pela apelante consiste em um serviço de leitura em campo, com a utilização de aparelho microcoletor de dados portátil, que permite a realização de diversas tarefas em uma mesma ocasião. Essa nova tecnologia possibilita a leitura informatizada de hidrômetros, bem como a emissão e entrega simultânea de faturas de água/esgoto, que são geradas a partir de um aparelho microcoletor de dados portátil. 6. Não há comprovação nos autos de que a Empresa de Correios e Telégrafos esteja apta a prestar o mesmo serviço de coleta informatizada de dados ora combatido, ou mesmo que detenha tecnologia suficiente para atender às necessidades da contratante em tais serviços. 7. É cediço que a ECT realiza a entrega de correspondência apenas em área com registro postal, ou seja, em endereços que detenham o Código de Endereçamento Postal - CEP, o que não ocorre com a totalidade das faturas de consumo emitidas pela apelada, pois em muitos casos o abastecimento de água é feito em imóveis e em locais que estão fora da área de atendimento dos Correios. 8. A análise de todas as tarefas que integram o sistema integrado denominado LIES denotam que o uso dessa tecnologia não guarda similitude com os serviços de entrega feitos por meio de um terceiro contratado exclusivamente para fazer a distribuição das faturas de consumo de água. 9. Não seria lógico nem razoável exigir-se que a apelada contratasse o serviço informatizado de leitura, faturamento e emissão das contas de consumo, mas ficasse obrigada a enviar para a ECT fazer a postagem destas, mesmo havendo a possibilidade de deixar tais documentos com o consumidor já no ato da sua emissão. Esta hipótese representaria um retrocesso e não estaria compatível com o regramento legal que normatiza a boa prestação dos serviços públicos. 10. Por não se incluir no conceito de serviço postal privativo, não há qualquer óbice à realização da entrega da fatura imediatamente após a sua emissão realizada por ocasião da leitura informatizada, pois a fase do serviço que consiste na entrega domiciliar da conta ao consumidor não constitui afronta ao monopólio postal nos termos do artigo 21 da Carta Magna. 11. Apelação improvida."

(AC 2006.80.00007603-6, Rel. Des. Fed. FRANCISCO BARROS, DJE 07/01/2011)

Também não há que se falar em violação do sigilo de correspondência, porquanto os dados de consumo utilizados pela empresa terceirizada para a cobrança do serviço de água e/ou esgoto são apurados pela própria contratada, por meio de regular medição com o auxílio de hidrômetros.

A respeito do tema, segue jurisprudência desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E IMPRESSÃO SIMULTÂNEA DE CONTAS COM ENTREGA AO CONSUMIDOR. ECT. ATIVIDADES NÃO INCLUÍDAS NO MONOPÓLIO DE SERVIÇO POSTAL. LICITAÇÃO PROMOVIDA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido da constitucionalidade da exploração, pela União Federal, em regime de monopólio, das atividades postais (artigo 9º, I, da Lei 6.538/78), executado através da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, a partir do julgamento da ADPF 46 (sessão de 05.08.09), relator designado Ministro EROS GRAU, DJe 26.02.10, Ata 4/2010.

2. O artigo 9º, I, da Lei nº 6.538/78, dispõe que o monopólio abrange as atividades de "recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior; de carta e cartão-postal". Por sua vez, o artigo 47 do mesmo diploma fornece o conceito legal de "carta" como sendo "objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário".

3. Especificamente quanto à entrega de contas de consumo de água, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que se subsume ao conceito legal de carta, estando sujeita ao regime de monopólio da ECT.

4. Hipótese diversa, entretanto, é a da entrega das faturas de consumo de água efetuada simultaneamente à leitura dos hidrômetros que, conforme a jurisprudência, não ofende o monopólio estatal de serviços de postagem, previsto constitucionalmente.

5. Caso em que o Pregão Presencial 01/2013 tem por objeto a "contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de leitura de hidrômetros, emissão simultânea e repasse imediato de contas de consumo de água no Serviço Autônomo de Água e Esgoto do município de Sorocaba, por solicitação do Departamento de Receita, Setor de Controle e Receita e Setor de Supressão e Fiscalização".

6. A contratação da empresa envolve atividade complexa de solução informática destinada à leitura eletrônica de hidrômetro com emissão e entrega simultânea de conta, em todo e qualquer domicílio, ainda que não atingido por entrega postal, em que haja fornecimento de água, não se constatando ofensa ao monopólio ou privilégio postal, mesmo porque não comprovou a ECT que tenha capacidade técnica para a efetiva prestação de idêntico e específico serviço, nos moldes contratados.

7. Agravo inominado desprovido.

(TRF3, AC nº 0001120-08.2013.4.03.6110, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, j. 27/08/2015, e-DJF3 03/09/2015)

AÇÃO ORDINÁRIA - ADMINISTRATIVO - EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO POR MEIO DO QUAL A SABESP BUSCOU A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE LEITURA DE HIDRÔMETRO E SIMULTÂNEA EMISSÃO DAS CONTAS DE CONSUMO DE ÁGUA - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA ECT - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BAIXO VALOR DA CAUSA - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO - DESCABIMENTO DO PEDIDO DE MAJORAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA AO PEDIDO - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO E AO RECURSO ADESIVO.

1. Consoante o art. 21, X, Lei Maior, compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

2. A Lei 6.538/78 dispôs sobre os serviços postais, tratando o seu art. 9º sobre quais misteres seriam explorados pelo Estado, a título de monopólio: Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior; de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior; de correspondência agrupada: III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. § 1º - Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal; a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal; b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal. § 2º - Não se incluem no regime de monopólio: a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial; b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

3. No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 46, o Excelso Pretório concebeu interpretação conforme o artigo 42 (Coletar; transportar; transmitir ou distribuir; sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas) da Lei nº 6.538/78, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal.

4. Aos autos repousa litígio sobre Edital de Pregão Eletrônico por meio do qual a SABESP buscou a contratação de serviço de leitura de hidrômetro e simultânea emissão das contas de consumo de água, fls. 1.118.

5. Como destacado pela r. sentença, o mister em prisma não possui enquadramento na sistemática elencada pela Lei 6.538/78, porque as empresas contratadas, no ato da medição do hidrômetro, emitem o cálculo do consumo de água e as disponibilizam ao consumidor.

6. Não se subsume à nomenclatura de "carta" a entrega da fatura, logo após a leitura do hidrômetro, pois a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, em seu art. 25, § 1º, permite a contratação de terceiros para implementação de atividade acessória/complementar ao serviço concedido: Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade. § 1o Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

7. Notório que a emissão da fatura e o correspondente repasse ao destinatário seja serviço intrinsecamente atrelado ao labor da concessionária de serviço público, situação jungida ao direito do consumidor de obter informação a respeito do consumo de água de sua residência/estabelecimento.

8. Denota-se da instrução coligida que a contratação em cena não vulnera o monopólio postal sob encargo dos Correios, porquanto sem adequação aos estritos termos da Lei 6.538/78, porque sui generis a hipótese em desfile.

9. Ao norte da ausência de agressão ao quanto elencado no inciso X, do art. 21, CF, esta C. Corte a possuir entendimento de que lícito o agir da SABESP. Precedentes.

10. Exprime a honorária sucumbencial, como de sua essência e assim consagrado, decorrência do exitoso desfecho da causa, em prol de um dos contendores, de tal sorte a assim se recompensar seu patrono, ante a energia processual dispendida, no bojo do feito.

11. No caso concreto, a parte autora deu à causa o valor de R\$ 1.000,00, fls. 55, inexistindo notícia de impugnação a respeito.

12. Sem razão a SABESP ao postular a adequação do montante, entendimento este também compartilhado pelo Excelso Pretório, pois "dado o baixíssimo valor da causa atribuído a demanda, tem-se por bem equiparado esse valor ao trabalho de seus patronos..." (RE 385043 ED-AgR). Precedente.

13. Por igual e por similar ao vertente caso, o C. STJ a vaticinar observância ao valor da causa. Precedente.

14. Inexistindo oportuna contradita àquela valoração da causa, inadequado o presente momento processual para a disceptação correlata.

15. Improvimento à apelação e ao recurso adesivo, mantida a r. sentença, tal qual lavrada.

(TRF3, QUARTA TURMA, AC n.º 0020552-48.2010.4.03.6100, Rel. Juiz Convocado SILVA NETO, j. 19/03/2015, e-DJF3 17/04/2015)

Dessa maneira, a contratação de empresa H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S, prestadora de serviços de leitura de hidrômetros, com emissão e entrega simultâneas de faturas de consumo de água e/ou esgoto, por meio de licitação realizada pela concessionária Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, não constitui ofensa ao monopólio ou privilégio da exclusividade da ECT, sendo improcedente a anulação do Contrato nº 42.222/06-RT, no que se refere à entrega de contas e outros documentos.

Ademais, não seria razoável exigir que após a leitura informatizada, faturamento e emissão das contas de consumo, houvesse a obrigatoriedade de enviar referidas contas para a ECT fazer a postagem, diante da possibilidade de deixar os documentos com o usuário final já no ato de sua emissão.

Finalmente, deve ser afastada a condenação ao pagamento de ressarcimento por danos materiais, decorrentes da perda de receitas auferidas pela ECT, uma vez que não houve a efetiva prestação de serviços, sob pena de enriquecimento sem causa.

Conforme entendimento adotado por esta Corte:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ECT. PRIVILÉGIO POSTAL. LEI N° 6.538/78. SERVIÇO POSTAL. ENTREGA DE FATURA DE COBRANÇA DE CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO. MEDIÇÃO IMEDIATA. PREGÃO. POSSIBILIDADE. SEGUNDAS VIAS DE CONTA. DOCUMENTOS AVULSOS. COMUNICADOS. FOLHETOS. VIOLAÇÃO AO PRIVILÉGIO. DANO MATERIAL. NÃO CONFIGURADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

(...)

12. Por fim, afasto a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, visto que estes não foram devidamente comprovados.

13. Ainda que a ECT alegue que sofreu prejuízos patrimoniais, decorrentes da violação ao seu monopólio postal, é necessário ressaltar que o serviço, mesmo que de forma indevida, foi realizado pela empresa correí. Assim, a ECT deixou de auferir renda, mas também deixou de prestar o serviço, razão pela qual o pagamento de indenização por danos materiais configuraria enriquecimento ilícito.

(...)

16. Apelação parcialmente provida.

(TRF3, AC n.º 0002682-57.2010.4.03.6110, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, SEXTA TURMA, v.u, j. 24/11/2016, e-DJF3 07/12/2016)

Em razão da inversão da sucumbência, a ECT deverá pagar às rés os honorários arbitrados na sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação da ECT, e **DOU PROVIMENTO** às apelações da SABESP e H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S, reformando a sentença que declarou a nulidade do Contrato n° 42.222/06-RT, com inversão da sucumbência, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO POSTAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). EXCLUSIVIDADE. LEI N.º 6.538/78. ENTREGA DE FATURA DE COBRANÇA DE CONTAS DE ÁGUA E ESGOTO. MEDIÇÃO IMEDIATA. PREGÃO. POSSIBILIDADE. DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

1. A questão discutida nos autos consiste em esclarecer se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT teria exclusividade na entrega de contas, avisos de corte de fornecimento, avisos de débito, segunda via de contas de água e documentos correlatos, em razão do monopólio postal conferido pela Constituição Federal, bem assim se faria jus a ressarcimento por danos materiais, tendo em vista a prestação de serviço de entrega de tais documentos por empresa terceirizada - H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S - contratada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

2. A Lei n.º 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais, conceituou os objetos de correspondência a serem entregues mediante a prestação desse serviço e estabeleceu que *não se incluem no regime de monopólio o transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial* bem como *o transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.*

3. Acerca do tema, o Plenário do STF, em sessão do dia 05/08/09, ao julgar improcedente a ADPF n.º 46/DF, declarou que a Lei n.º 6.538/78 foi recepcionada e está de acordo com a Constituição, dando interpretação conforme ao art. 42, da aludida lei, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º, do referido diploma legal.

4. A discussão envolveu debate sobre o que seria considerado "carta" para os fins do art. 9º, da Lei n.º 6.538/78, tendo ficado assentado que o conceito abarca as correspondências, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário, incluindo, portanto, cartas pessoais, contas de serviços públicos, boletos de cartões de crédito, sendo certo que tanto estas como os cartões-postais e as correspondências agrupadas (malotes) só poderão ser transportados pelos Correios, enquanto os demais tipos de correspondências, como jornais e revistas, e demais encomendas estão excluídas do monopólio da União, previsto no art. 21, X, do Texto Maior.

5. Especificamente em relação à entrega de contas de consumo de água, esgoto e serviços, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que se subsume ao conceito legal de carta, estando sujeita ao regime de monopólio da ECT.

6. Porém, a jurisprudência passou a concluir que no caso de leitura de hidrômetros com aparelho técnico adequado, que simultaneamente reúne as etapas de medição, emissão e entrega das faturas, não ocorre violação à exclusividade do serviço postal. Precedentes.

7. Também não há que se falar em violação do sigilo de correspondência, porquanto os dados de consumo utilizados pela empresa terceirizada para a cobrança do serviço de água e/ou esgoto são apurados pela própria contratada, por meio de regular medição com o auxílio de hidrômetros.

8. Dessa maneira, a contratação de empresa H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S, prestadora de serviços de leitura de hidrômetros, com emissão e entrega simultâneas de faturas de consumo de água e/ou esgoto, por meio de licitação realizada pela concessionária Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, não constitui ofensa ao monopólio ou privilégio da exclusividade da ECT, sendo improcedente a anulação do Contrato n.º 42.222/06-RT, no que se refere à entrega de contas e outros documentos.

10. Ademais, não seria razoável exigir que após a leitura informatizada, faturamento e emissão das contas de consumo, houvesse a obrigatoriedade de enviar referidas contas para a ECT fazer a postagem, diante da possibilidade de deixar os documentos com o usuário final já no ato de sua emissão.

11. Finalmente, deve ser afastada a condenação ao pagamento de ressarcimento por danos materiais, decorrentes da perda de receitas auferidas pela ECT, uma vez que não houve a efetiva prestação de serviços, sob pena de enriquecimento sem causa.

12. Apelação da ECT desprovida. Apelações da SABESP e da H. R. Prestação de Serviços Gerais S/S providas, com inversão da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação da ECT, e DEU PROVIMENTO às apelações da SABESP e H. R., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001106-67.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: VANESSA DE FREITAS RODRIGUES RIBEIRO

Advogado do(a) APELANTE: SYLVIA SPURAS STELLA SCARCIOFFOLO - SP255358

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001106-67.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: VANESSA DE FREITAS RODRIGUES RIBEIRO
Advogado do(a) APELANTE: SYLVIA SPURAS STELLA SCARCIOFFOLO - SP255358
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Vanessa de Freitas Rodrigues Ribeiro** contra a r. sentença que julgou improcedente a “ação de anulação de protesto com pedido de liminar de antecipação de tutela urgente e danos morais” ajuizada contra a **União**.

O juízo *a quo* reconheceu que a dívida levada a protesto restou devidamente hígida e sem máculas, não havendo nenhuma nódoa a ser declarada no procedimento adotado pela Fazenda Nacional, pois o equívoco existente na duplicidade de inscrição realizada pela administração pública fora corrigido em tempo hábil, sem nenhuma implicação deletéria para a ora apelante.

Sua Excelência, ainda, condenou a apelante nos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

A apelante alega, em síntese, que:

a) a certidão de inscrição em dívida ativa levada a protesto foi justamente aquela sobre a qual foi reconhecida como indevida e levada a cancelamento pela própria administração pública, razão pela qual resta patente que o protesto fora efetuado de forma incorreta, cabendo a União a realização do levantamento daquele protesto;

b) ocorrendo o protesto indevido, o dano moral configura-se *in re ipsa* e, portanto, devendo a Fazenda Nacional ser condenada a este título.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001106-67.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: VANESSA DE FREITAS RODRIGUES RIBEIRO
Advogado do(a) APELANTE: SYLVIA SPURAS STELLA SCARCIOFFOLO - SP255358
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Para a análise do caso em comento, mister se faz o enfoque sobre a questão fática, pois deste ponto é que decorre toda a controvérsia, qual seja, a verificação de qual certidão de inscrição em dívida ativa foi levada a protesto e qual foi reputada como em duplicidade e cancelada pela administração pública.

Conforme se verifica do ID nº 1901793, f. 38, a inscrição em dívida ativa de nº 80.6.16.053197-70 foi realizada em 10.08.2016. Por outro lado, a inscrição em dívida ativa de nº 80.6.16.060194-00 ocorreu em 14.09.2016 (ID nº 1901793, f. 25).

Reforce-se que por entendimento da própria União, trata-se de cobrança em duplicidade, referente à multa aplicada pela Justiça Eleitoral.

Nesta senda, antes de ser lavada a protesto, a inscrição em dívida ativa de nº 80.6.16.060194-00 foi cancelada em 24.03.2017, conforme consta no ID nº 1901793, f. 26.

Por parte do administrado, devemos verificar o momento em que foram realizados os parcelamentos, para analisar eventual protesto indevido.

Do ID nº 1901786, f. 02, verifica-se que a adesão ao parcelamento se dera em 21.03.2017, ou seja, posteriormente ao protesto ser levado a efeito, sendo certo que o parcelamento se deu em relação a dívida ativa cancelada.

O protesto foi realizado em relação à certidão de inscrição em dívida ativa de nº 80.6.16.053197-70 (ID nº 1901764, f. 02) em 14.03.2017 e, mesmo que realizado o parcelamento em relação a dívida cancelada, a União realizou o aproveitamento do parcelamento para a certidão protestada.

Porém, o ponto que realmente sobressai de toda a análise fática é a de que o parcelamento foi celebrado posteriormente ao protesto, ou seja, impossível que se reconheça que tal fato seja reputado como indevido pela Fazenda Nacional.

Neste sentido, veja-se a seguinte jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“EXECUÇÃO FISCAL. PROTESTO DE TÍTULO. CDA. SUPERVENIÊNCIA DE PARCELAMENTO. ÔNUS DO DEVEDOR, PRINCIPAL INTERESSADO, DE PROVIDENCIAR A BAIXA NO PROTESTO LEGITIMAMENTE REALIZADO À ÉPOCA. ART. 26 DA LEI N° 9.492/1997.

1. A possibilidade de se levar a efeito o protesto de Certidão da Dívida Ativa, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 9.492/1997, incluído pela Lei n.º 12.767/2012, foi considerada constitucional pelo Plenário do STF, no julgamento da ADI n° 5135, em 09/11/2016, sendo fixada a seguinte tese: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política" (ADI 5135/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO)

2. Verificado que o protesto foi legitimamente realizado, pois não havia qualquer causa de suspensão da exigibilidade do crédito à época, é ônus do próprio devedor, maior interessado, providenciar o cancelamento do protesto autorizado em decisão judicial em razão da sua posterior adesão a parcelamento. Precedentes: STJ, AGARESP 201302314018, LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE DATA:22/10/2013; STJ, EDAG 201100816282, RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJE DATA:11/03/2013; STJ, AGARESP 201201684574, ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJE DATA:21/11/2012; STJ, REsp 1015152/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 30/10/2012

3. Agravo de instrumento provido.”

(AG - Agravo de Instrumento - Agravos - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0009780-10.2016.4.02.0000, FABIOLA UTZIG HASELOF, TRF2 - 4ª TURMA ESPECIALIZADA..ORGAO_JULGADOR:.)

Encontrando-se o procedimento sob a mais escorreita legalidade, não há dano ao administrado, tornando prejudicada a análise do dano moral invocado pela apelante.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. PROTESTO DE CDA. PARCELAMENTO POSTERIOR. INEXISTÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA NO MOMENTO DO PROTESTO. ATO PAUTADO NA ESCORREITA LEGALIDADE. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Do ID nº 1901786, f. 02, verifica-se que a adesão ao parcelamento se dera em 21.03.2017, ou seja, posteriormente ao protesto ser levado a efeito, sendo certo que o parcelamento se deu em relação a dívida ativa cancelada.
2. O protesto foi realizado em relação à certidão de inscrição em dívida ativa de nº 80.6.16.053197-70 (ID nº 1901764, f. 02) em 14.03.2017 e, mesmo que realizado o parcelamento em relação a dívida cancelada, a União realizou o aproveitamento do parcelamento para a certidão protestada.
3. Porém, o ponto que realmente sobressai de toda a análise fática é a de que o parcelamento foi celebrado posteriormente ao protesto, ou seja, impossível que se reconheça que tal fato seja reputado como indevido pela Fazenda Nacional.
4. Encontrando-se o procedimento sob a mais escorreita legalidade, não há dano ao administrado, tornando prejudicada a análise do dano moral invocado pela apelante.
5. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019148-20.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TUBOS EBRO LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: PAOLA SANCHEZ VALLEJO DE MORAES FORJAZ - SP173449
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019148-20.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUBOS EBRO LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: PAOLA SANCHEZ VALLEJO DE MORAES FORJAZ - SP173449
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação cautelar, deixando consignado que a verba honorária seria decidida por ocasião do julgamento da ação principal.

Alega a União ser devida a condenação da ora apelada ao pagamento de honorários advocatícios, a qual deu causa ao feito cautelar.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019148-20.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TUBOS EBRO LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: PAOLA SANCHEZ VALLEJO DE MORAES FORJAZ - SP173449

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nilton dos Santos (Relator):

A apelada ajuizou ação cautelar objetivando a obtenção de provimento jurisdicional para determinar a sustação de protesto no valor de R\$ 5.493,76 (cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e setenta e seis centavos).

O pedido de liminar foi deferido para determinar a sustação dos efeitos do protesto, protocolo nº 0694 - 13/10/2014-3.

Citada, a requerida apresentou contestação.

Sobreveio, então, sentença de improcedência do pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, a teor do artigo 269, I, do CPC/73, ficando revogada a liminar anteriormente deferida.

No tocante aos honorários advocatícios, restou consignado que a referida verba seria decidida por ocasião do julgamento da ação principal.

Em seu recurso de apelação, a União postula a reforma parcial da sentença a fim de que a autora seja condenada ao pagamento de honorários sucumbenciais.

O recurso merece provimento.

Em observância ao princípio da causalidade, a jurisprudência admite a fixação de honorários advocatícios no bojo de ação cautelar e, assim, arcará com a verba honorária aquele que der causa à demanda.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR ANTERIOR AO AJUZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ATESTA AUSÊNCIA DE CAUSALIDADE. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. 1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é cabível a ação cautelar para promoção antecipada de caução de crédito tributário ainda não ajuizada. 2. Do mesmo modo, é firme o entendimento do STJ de que, havendo interesse de agir, quando ajuizada a Ação Cautelar, e sendo extinto o processo, por superveniente perda do interesse processual, responderá pelos ônus da sucumbência aquele que deu causa à demanda. 3. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido concluiu que nenhuma das partes deveria ser condenada em honorários, tem-se que a revisão a que chegou o Tribunal de origem sobre a ausência de causalidade demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso a Súmula 7/STJ. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão do que foi decidido pelas instâncias ordinárias acerca da aplicação do princípio da causalidade só seria possível mediante reexame do acervo probatório dos autos, o que não é adequado em sede de recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.651.454/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 9/3/2018; AgInt no AREsp 830.049/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2017; AgRg no REsp 1.406.186/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 29/10/2015; AgInt no REsp 1.510.063/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 18/12/2017. 5. Por fim, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual a inadmissão do recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, em razão da incidência de enunciado sumular, prejudica o exame do recurso no ponto em que suscita divergência jurisprudencial se o dissídio alegado diz respeito ao mesmo dispositivo legal ou tese jurídica, o que ocorreu na hipótese. Precedentes: AgInt no REsp 1.590.388/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/3/2017; AgInt no REsp 1.343.351/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 23/3/2017. 6. Agravo interno não provido”.

(AgInt no REsp 1768535/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2019, DJe 25/09/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. GARANTIA DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PELA FAZENDA PÚBLICA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à condenação em honorários em cautelar extinta por perda superveniente interesse processual ante o ajuizamento da execução fiscal. 2. Nos processos cautelares, pela própria natureza da ação, não há litigiosidade, o que em tese é incompatível com a condenação em honorários. Entretanto, há que se levar em conta o princípio da causalidade. 3. Nesse sentido, verifica-se que a cautelar foi ajuizada para garantir a dívida de forma a permitir a expedição de certidão de regularidade fiscal. Conforme bem asseverado pelo Magistrado a quo, pela demora excessiva em ajuizar a execução fiscal, a UNIÃO deu causa à cautelar, uma vez que não restou outro meio à apelada para garantir a dívida. 4. Além disso, o art. 19, § 1º, I, da Lei nº 10.522/2002, somente dispensa a condenação da Fazenda Nacional em honorários quando a controvérsia diz respeito a matérias específicas, previstas no art. 18, ou quando haja jurisprudência pacífica ou julgada sob o rito dos artigos 543-B e 543-C, do CPC/1973, o que não se verifica no caso em tela. Deve ser mantida, portanto, a condenação em honorários advocatícios. Precedentes (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2224956 - 0003977-10.2016.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 05/06/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/06/2019 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2291528 - 0007677-13.2015.4.03.6119, Rel. JUIZ CONVOCADO MARCIO CATAPANI, julgado em 13/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/01/2019 / AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2197214 0004079-75.2015.4.03.6111, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO.: / Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1808796 0000061-49.2012.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.). 5. Apelação desprovida”.

(ApCiv 0001371-33.2016.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/07/2019.)

Nesse contexto, submetendo-se a ação cautelar aos princípios da sucumbência e da causalidade, a condenação em honorários advocatícios deve se dar no próprio feito cautelar.

Frise-se que se trata de processo autônomo, que exige julgamento distinto do processo principal, o que abrange a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

De rigor, portanto, a reforma parcial da sentença a fim de que a parte autora seja condenada ao pagamento da verba honorária.

É cediço que os honorários devem remunerar o trabalho realizado pelo advogado e, portanto, não podem ser fixados em valor irrisório, assim como não podem corresponder a quantia exorbitante, a caracterizar enriquecimento sem causa.

À luz do disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, vigente no momento da prolação da sentença, considerando a natureza da causa e a baixa complexidade da questão debatida nos autos, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que, ao julgar improcedente o pedido formulado em ação cautelar, deixou consignado que a verba honorária seria decidida por ocasião do julgamento da ação principal.
2. Em observância ao princípio da causalidade, a jurisprudência pátria admite a fixação de honorários advocatícios no bojo de ação cautelar e, assim, arcará com a verba honorária aquele que der causa à demanda.
3. Submetendo-se a ação cautelar aos princípios da sucumbência e da causalidade, a condenação em honorários advocatícios deve se dar no próprio feito cautelar.
4. Frise-se que se trata de processo autônomo, que exige julgamento distinto do processo principal, o que abrange a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.
5. Sentença parcialmente reformada para condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa.
6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005846-85.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FAGUNDES PEREIRA & FREIRES TRANSPORTES LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: LOYANA MARILIA ALEIXO - SP326262-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005846-85.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FAGUNDES PEREIRA & FREIRES TRANSPORTES LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: LOYANA MARILIA ALEIXO - SP326262-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito, e, aduz a ausência de comprovação quanto ao recolhimento de ICMS, tampouco em que medida haveria inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, diante de sua atividade. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei;

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestada a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise;

c) não há como compensar os valores pagos indevidamente, a título de débitos previdenciários, com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Comcontrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Maria Luiza Grabner, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório. Inclua-se o feito em pauta, para julgamento pela Turma.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005846-85.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FAGUNDES PEREIRA & FREIRES TRANSPORTES LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: LOYANA MARILIA ALEIXO - SP326262-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Preliminarmente, diga-se que, a questão relativa à comprovação da relação tributária, bem como da juntada de guia que comprove o recolhimento no quinquênio prescricional, restou pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.111.164/BA), julgada sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil, onde se firmou o entendimento de que a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (EREsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) (grifei)

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. **O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).**

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada da providência somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar; e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019) (grifei)

No caso em tela, como a impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação tributária, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa.

In casu, extrai-se do contrato social, que a impetrante comprovou que tem o dever de recolher as contribuições em comento, visto que realiza as hipóteses de incidência das referidas exações.

Desse modo, reconhecido o direito, a ser analisado, na sequência, há de ser admitida a compensação tributária, dos valores recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento, em montante a ser comprovado na esfera administrativa, com a apresentação das guias DARF correspondentes, relativos à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, 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 coma 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 E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão 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 , 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)

"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/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 repassá-los 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 operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro 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 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)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação ou repetição, conforme os termos delineados a seguir:

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 pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado 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, posta 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 comparcelas 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.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 13.670/2018.

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 Andriighi, 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 a prova da 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** à remessa oficial, apenas para determinar a aplicação do art. 26-a da Lei N.º 13.670/2018.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. Segundo o entendimento proferido no REsp n.º 1.111.164/BA, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73, se a impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação tributária, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa. Precedentes do STJ.

3. A jurisprudência do 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 Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

5. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou repetição.

7. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

8. Emrazão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei 13.670/2018.

9. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

10. Remessa oficial provida em parte apenas para determinar a observância do art. 26-A da Lei n.º 13.670/2018. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação e DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial, apenas para determinar a aplicação do art. 26-a da Lei N.º 13.670/2018, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007888-74.2004.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MAURO BARALDO GOMES, C B COMERCIO E REPRESENTACAO RIO PRETO LTDA
Advogado do(a) APELADO: AIRTON JORGE SARCHIS - SP131117
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0007888-74.2004.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAURO BARALDO GOMES, C B COMERCIO E REPRESENTACAO RIO PRETO LTDA
Advogado do(a) APELADO: AIRTON JORGE SARCHIS - SP131117
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em medida cautelar fiscal, com pedido de liminar, ajuizada pela **União** em face de **CB Comércio e Representação Rio Preto Ltda.** e de **Mauro Beraldo Gomes**, requerendo, em síntese, a decretação de indisponibilidade dos bens dos requeridos, nos termos do artigo 2º, VI e do artigo 4º, § 1º, da Lei 8.397/92, por ser credora do montante de R\$ 50.917,83 (cinquenta mil, novecentos e dezessete reais e oitenta e três centavos).

O pedido liminar foi indeferido. Em face dessa decisão, a União interpôs agravo de instrumento, que foi convertido em retido pelo então Desembargador Relator.

A sentença foi de improcedência, por entender que como os lançamentos foram impugnados administrativamente, estão com a exigibilidade do crédito tributário suspensa, então não seria possível decretar a indisponibilidade dos bens dos requeridos. A sentença ainda condenou a União ao pagamento de verba honorária arbitrada em 20% (vinte por cento) do valor da causa atualizado.

A União interpôs apelação, aduzindo, em suma, que a sentença deve ser reformada porque:

a) como a medida cautelar fiscal não tem a finalidade de exigir o crédito tributário, e sim apenas de resguardar o sucesso de futura e eventual ação de execução fiscal, não se aplica a ela o artigo 151, III, do Código Tributário Nacional;

b) por outro lado, o artigo 11 da Lei 8.397/92 não exige impugnação administrativa para que seja concedida a medida cautelar, apenas determina que, a partir da decisão irrecurável proferida na esfera administrativa, a União dispõe do prazo de 60 (sessenta) dias para a propositura da ação executiva;

c) o débito já foi inscrito em Dívida Ativa da União, e estão presentes o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, pois o crédito tributário está desprovido de garantias, uma vez que o patrimônio da empresa é equivalente a zero e o trâmite processual necessário até a inclusão do sócio de fato pode acarretar a insatisfação do Erário Público;

d) a indisponibilidade de bens e direitos objetiva resguardar o interesse público, evitando a dilapidação do patrimônio do devedor, e não decreta a perda da propriedade, apenas restringe a disponibilidade dos bens, impossibilitando o proprietário de aliená-los até que se finalize o procedimento fiscal.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O réu Mauro Beraldo Gomes peticionou, pleiteando os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 5º, do art. 5º, da Lei nº 1.060/50, mas teve seu pedido indeferido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007888-74.2004.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAURO BARALDO GOMES, C B COMERCIO E REPRESENTACAO RIO PRETO LTDA
Advogado do(a) APELADO: AIRTON JORGE SARCHIS - SP131117
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a União obter a decretação de indisponibilidade dos bens dos requeridos, em razão de sua insolvência.

De início, não obstante o disposto nos artigos 523, *caput*, e 559 do Código de Processo Civil de 1973, tratando-se de agravo interposto contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, o caso é de julgar-se diretamente a apelação, cujo objeto, mais abrangente, terá o condão de prejudicar aquele primeiro recurso.

No mérito, alega a União que o total do crédito constituído contra a empresa requerida ultrapassa 30% (trinta por cento) de seu patrimônio, que foi equivalente a zero nas Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica dos anos de 1998 e 1999, uma vez que a empresa está inativa desde 1998.

Afirma a União, ademais, que Mauro Beraldo Gomes, na condição de sócio gerente, possui responsabilidade solidária pela dívida constituída pela pessoa jurídica.

De fato, a medida cautelar fiscal consiste em um instrumento por meio do qual a União assegura a satisfação de seus créditos tributários ou não tributários, nos moldes previstos na Lei 8.397/92, com redação dada pela Lei nº 9.532/1997:

“Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

(...)

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (...).”

“Art. 3º Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial:

I - prova literal da constituição do crédito fiscal;

II - prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;

b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

§ 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.” (grifei)

Em suma, os requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal são: i) a prova literal da constituição do crédito fiscal; ii) a prova documental que demonstre alguma das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei 8.397/92.

Para que a indisponibilidade seja estendida aos bens do sócio administrador, ademais, exige-se que o sócio tenha poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo do fato gerador ou do inadimplemento da obrigação fiscal, nos termos do artigo 4º da Lei 8.397/92.

No caso em tela, o Auto de Infração comprova a existência do débito constituído contra a empresa (f. 2-24 - ID 90364966). O montante, de R\$ 50.917,83 (cinquenta mil, novecentos e dezessete reais e oitenta e três centavos), em valores atualizados até 03.2004, ultrapassava 30% (trinta por cento) do patrimônio da empresa, que correspondia a zero (f. 02-24 – ID 90364966), nos termos do artigo 2º, VI, da Lei 8.397/92.

A Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica 1999, por sua vez, atesta que a empresa estava inativa em 1999, razão pela qual seu patrimônio era de zero (f. 26-27 - ID 90364966).

Demais disso, o estatuto social da empresa demonstra que, à época do fato gerador, Mauro Beraldo Gomes efetivamente ocupava o cargo de sócio gerente (f. 15-21 – ID 90364862), nos termos do artigo 4º, §§1º e 2º da Lei 8.397/92, tendo, portanto, poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo dos fatos.

A responsabilidade solidária de Mauro Beraldo Gomes, aliás, restou constatada no Termo de Conclusão Fiscal firmado pela autoridade fiscal no bojo do processo administrativo (f. 31-47 – ID 90364966).

Sendo assim, a princípio, afigurar-se-ia cabível a medida cautelar fiscal em face da empresa e de seu sócio gerente.

Não obstante, a sentença julgou o pedido improcedente, por entender que não seria possível decretar a indisponibilidade dos bens dos requeridos porque os lançamentos foram impugnados administrativamente, estando, portanto, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, dispõe a Lei 8.397/92 que:

“Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor:

(...

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal:

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade;”

Em suma, estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, por meio de reclamação ou recurso interposto em face da decisão administrativa que determinou o lançamento, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, fica obstada a propositura da medida cautelar fiscal.

No caso em tela, o réu interpôs recurso nos autos do processo administrativo n. 10850.001801/2004-7 (ID 90364966), e não há notícia nos autos de que tenha havido decisão administrativa irrecurável, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar fiscal.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. ART. 2º, VI, DA LEI N. 8.397/1992. CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE PARA A INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é possível o deferimento da medida cautelar fiscal, mesmo que suspensa a exigibilidade do crédito tributário, quando o devedor busca indevidamente alienar bens como forma de esvaziar seu patrimônio e frustrar o adimplemento do crédito tributário, nos termos do art. 2º, V, "b" e VII, da Lei n. 8.397/1992.

2. Porém, enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não se pode pretender a indisponibilidade dos bens do contribuinte/responsável com base no inciso VI do art. 2º da Lei n. 8.397/1992. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.597.284/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 571.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/11/2014; AgRg no AREsp 534.740/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 29/5/2015; AgRg no REsp 1.443.285/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/10/2015.

3. Agravo interno não provido.”

(AgInt no REsp 1426090/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PARCELAMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO. PRESSUPOSTOS FÁTICOS FIXADOS NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. (...)

2. **É possível o deferimento da medida cautelar fiscal para acautelar crédito tributário com a exigibilidade anteriormente suspensa, quando o devedor busca indevidamente a alienação de seus bens como forma de esvaziar seu patrimônio que poderia responder pela dívida.**

3. No caso dos autos, o Tribunal a quo afirmou que não há comprovação de atuação dolosa do ora agravado que se configure como ilegal ou arbitrário e abusivo, esbarrando, a pretensão, no óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 789.787/PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015) (grifei)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO DEVEDOR. ART. 2º, VI, DA LEI N. 8.397/1992. EXIGIBILIDADE SUSPensa EM RAZÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE PARA A INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. O art. 2º da Lei n. 9.397/1992, inciso VI, estabelece que "a medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido".

2. Porém, enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não se pode pretender a indisponibilidade dos bens do contribuinte/responsável com base no inciso VI do art. 2º da Lei n. 9.397/1992. Nesse sentido: REsp 1186252/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13/04/2011; REsp 1314033/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/10/2013; REsp 1163392/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/08/2012.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 571.765/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 14/11/2014) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA PARA ACAUTELAR CRÉDITO TRIBUTÁRIO JÁ CONSTITUÍDO MAS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

1. Consoante expressa disposição legal (art. 2º, V, "a", da Lei n. 8.397/92), regra geral é vedado conceder medida cautelar fiscal para acautelar crédito tributário com a exigibilidade anteriormente suspensa.

2. Em tais situações excepcionalmente é possível o deferimento de medida cautelar fiscal quando o devedor busca indevidamente a alienação de seus bens como forma de esvaziar seu patrimônio que poderia responder pela dívida (art. 2º, V e VII, "b", da Lei n. 8.397/92).

3. No caso concreto, a medida cautelar fiscal foi proposta com fulcro no art. 2º, VI, da Lei n. 8.397/92 (VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido). O dispositivo legal invocado não se encontra dentre as exceções que autorizam a concessão da medida.

4. Recurso especial provido.”

(REsp 1163392/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012) (grifei)

Cumprido distinguir, por outro lado, a situação em comento da prevista no artigo 11 da Lei 8.397/92.

Na hipótese prevista no artigo 11 da Lei 8.397/92, há a concessão da medida cautelar fiscal em procedimento preparatório, seguida de decisão irrecurável em processo administrativo fiscal e de ajuizamento de ação executiva, e a medida cautelar fiscal conserva sua eficácia durante o prazo de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Veja-se, *in verbis*, a Lei 8.397/92:

“Art. 11. Quando a medida cautelar fiscal for concedida em procedimento preparatório, deverá a Fazenda Pública propor a execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa.

Art. 12. A medida cautelar fiscal conserva a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo de execução judicial da Dívida Ativa, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão em contrário, a medida cautelar fiscal conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário.” (grifei)

Assim, nos termos do artigo 12 da Lei 8.397/92 e do artigo 151 do Código Tributário Nacional, há a eficácia da medida cautelar fiscal anteriormente concedida, mesmo durante o período de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Não foi o que se deu na hipótese em comento, em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, por meio de recurso interposto em face da decisão prolatada em processo administrativo, precedeu e obistou a propositura da medida cautelar fiscal, nos moldes previstos no artigo 2º, V, “a” da Lei 8.397/92.

Desse modo, a sentença que julgou o feito improcedente deve ser mantida tal como lançada.

No que tange aos honorários advocatícios, à luz do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista os princípios da sucumbência, da causalidade, da equidade e da razoabilidade, deve ser mantida a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da causa atualizado.

Ante o exposto, julgo **agravo retido prejudicado e nego provimento à apelação da União.**

É como voto.

BEHELENA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÓBICE À PROPOSITURA DE MEDIDA CAUTELAR FISCAL. artigo 2º, V, “a” da Lei 8.397/92. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. APELAÇÃO DA UNIÃO NÃO PROVIDA.

1. A medida cautelar fiscal consiste em um instrumento por meio do qual a União assegura a satisfação de seus créditos tributários ou não tributários, nos moldes previstos na Lei 8.397/92, com redação dada pela Lei nº 9.532/1997.
2. Os requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal, presentes no caso em tela, são: i) a prova literal da constituição do crédito fiscal; ii) a prova documental que demonstre alguma das hipóteses previstas no artigo 2º da Lei 8.397/92.
3. Para que a indisponibilidade seja estendida aos bens do sócio administrador, exige-se que o sócio tenha poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo do fato gerador ou do inadimplemento da obrigação fiscal, nos termos do artigo 4º da Lei 8.397/92.
4. Estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, por meio de reclamação ou recurso interposto em face da decisão administrativa que determinou o lançamento, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, fica obstada a propositura da medida cautelar fiscal. Art. 2º, V, “a”, Lei 8.397/92. Precedentes do STJ.
5. No caso em tela, o réu interpôs recurso nos autos do processo administrativo fiscal, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, e não há notícia nos autos de que tenha havido decisão administrativa irrecurável, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar fiscal.
6. Agravo retido prejudicado e apelação da União não provida.

BEHELENA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo retido e negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002880-57.2011.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EVELIN C. DE BATISTA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: JOSEMAR ANTONIO BATISTA - SP155362
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002880-57.2011.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EVELIN C. DE BATISTA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: JOSEMAR ANTONIO BATISTA - SP155362
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Evelin C. Batista ME** contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados contra a **União**.

O juízo *a quo* reconheceu a ocorrência de sucessão empresarial, razão pela qual a ora apelante é responsável pelos tributos em debate nos presentes autos.

Afirmou, ademais, pela inoccorrência da prescrição, bem como pela legalidade e constitucionalidade da incidência da taxa SELIC como índice de correção do crédito tributário, não havendo exorbitância na aplicação da multa de mora no patamar de 20% (vinte por cento).

Sua Excelência, ainda, condenou a ora apelante nos honorários advocatícios, fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

A apelante alega, em síntese, que se trata de pessoa jurídica diversa, que atua em endereço diferente daquele em que operava o contribuinte sobre o qual deve incidir a tributação, não havendo nenhuma prova de ocorreu a aquisição do fundo de comércio da sociedade empresária anterior, razão pela qual se trata de patente ilegitimidade de parte.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002880-57.2011.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: EVELIN C. DE BATISTA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: JOSEMAR ANTONIO BATISTA - SP155362
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): A questão trazida em debate nos presentes autos é majoritariamente fática, recaindo a análise sobre os elementos que podem ensejar a responsabilização da pessoa jurídica, em razão da sucessão empresarial.

O contribuinte primitivo, constante na certidão de inscrição em dívida ativa tem como razão social “Montreal Portas e Janelas de Marília Ltda.”. As fotos constantes às f. 97-100 demonstram que a ora apelante atua com a mesma denominação social e, portanto, verifica-se, de início, que ao menos já se beneficia da mesma clientela oriunda da pessoa jurídica indicada como inativa.

Veja-se, conforme documentos de f. 46-47 as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas são semelhantes, pois atuam no ramo de comércio varejista de materiais de construção.

Ainda, a certidão do oficial de justiça, constante às f. 41-42, denota que mesmo com outro número de CNPJ e firma diversa, o empresário “Montreal Portas e Janelas de Marília Ltda.” manteve-se o mesmo, representado pelo antigo sócio da sociedade empresária tida por inativa, que, inclusive é ascendente da titular do empresário individual que agora atua no lugar do contribuinte primitivo.

Por óbvio não há nenhum contrato aparente acerca da transferência do fundo de comércio, porém, por se tratar de alteração constante no âmbito familiar, tal prova é praticamente impossível de ser obtida.

Ocorre que, por tudo o quanto já se demonstrou no presente voto, é hialino que se trata de sucessão empresarial, definida no artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;”

O arcabouço probatório não é suficiente para se verificar eventual fraude contra a administração pública tributária e encaminhamento de peças para o Ministério Público Federal, nos termos do artigo 40, do Código de Processo Penal, mas, ao menos, é possível verificar a ocorrência de sucessão entre empresários, com a assunção da responsabilidade pelos tributos inadimplidos pela pessoa jurídica sucedida.

Neste sentido é a jurisprudência sedimentada desta E. Terceira Turma. Vejam-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO EMPRESARIAL. ARTIGOS 132 E 133 DO CTN.

1. O entendimento dessa Corte é no sentido de que, para que seja adotada a medida excepcional de responsabilização por sucessão prevista nos arts. 132 e 133 do Código Tributário Nacional, cabe ao exequente demonstrar a efetiva ocorrência da transferência do fundo de comércio, não se admitindo a presunção da responsabilidade diante de indícios frágeis.

2. *Trata-se de medida excepcional, cujo deferimento requer, forçosamente, a análise fática, caso a caso, de todo conjunto probatório juntado aos autos. Em que pesem os argumentos trazidos pelo juízo de origem, entendo que os documentos juntados aos autos, em conjunto, constituem prova suficiente para se ver reconhecida a ocorrência da sucessão empresarial de fato.*

3. *Os sócios da executada, MARIA DE LOURDES SÁ DA SILVA e MURILO LIMA DE SOUSA, se retiraram da sociedade em 07/08/2014, e passaram a integrar o quadro societário da empresa sucessora, DROGARIA BOSQUE DOS EUCLIPTOS SJC LTDA – ME, em 28/08/2014.*

4. *De todo relatado, entendo que o fato de dois sócios da empresa originalmente executada terem se retirado da sociedade e constituído a nova empresa, com atuação no mesmo ramo de atividade da empresa executada, configura indício suficiente para caracterizar uma sucessão empresarial de fato a justificar, nesse momento, a responsabilização por sucessão.*

5. *Compartilho do entendimento de que, nessas situações, “as garantias da ampla defesa e do contraditório não sofrem qualquer sacrifício. Segundo o devido processo legal aplicável à cobrança judicial de Dívida Ativa, elas são simplesmente postergadas, tornando-se possíveis após a citação para pagamento, através de exceção de executividade ou embargos do devedor.” (AI 0000952-61.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, j. 06/12/2017).*

6. *Agravo de instrumento provido.”*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005468-68.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2019)

Mesmo entendimento já pronunciado pela E. Sexta Turma deste Tribunal. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 133 DO CTN. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INDÍCIOS SUFICIENTES A ENSEJAR O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. *O art. 133 do CTN trata da responsabilidade tributária caracterizada pela sucessão da atividade empresarial, ou seja, com a aquisição do fundo de comércio ou do estabelecimento, por qualquer título, sendo que o adquirente continua o negócio antes explorado, beneficiando-se da estrutura organizacional anterior, inclusive com a manutenção da clientela até então formada.*

2. *Para que se possa concluir pelo redirecionamento da execução contra outra empresa, há de ser feita análise de cada caso concreto; não se faz necessária a comprovação exauriente acerca da responsabilidade da pessoa jurídica, entretanto, deve emergir do contexto probatório, situação que aponte a presença de fortes indícios a caracterizar a sucessão empresarial.*

3. *Em análise ao caso vertente, infere-se que a empresa indicada como sucessora encontra-se no mesmo endereço em que era estabelecida a executada; que ambas as empresas possuem idêntico ramo de atividade, qual seja, comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas; comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, o que indica que a empresa sucessora está se valendo do ponto comercial e da clientela formada pela sucedida. Observa-se ainda a existência de laço familiar entre os responsáveis tributários das empresas, pois possuem o mesmo sobrenome.*

4. *Tais circunstâncias constituem indícios suficientes para a caracterização da responsabilidade por sucessão tributária, nos termos do art. 133 do CTN, ensejando o redirecionamento da execução fiscal.*

5. *Agravo de instrumento provido.”*

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024343-57.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 01/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2019)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ART. 133, I, CTN. OCORRÊNCIA. PROVAS SUFICIENTES PARA CONFIGURAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O contribuinte primitivo, constante na certidão de inscrição em dívida ativa tem como razão social “Montreal Portas e Janelas de Marília Ltda.”. As fotos constantes às f. 97-100 demonstram que a ora apelante atua com a mesma denominação social e, portanto, verifica-se, de início, que ao menos já se beneficia da mesma clientela oriunda da pessoa jurídica indicada como inativa.
2. Veja-se, conforme documentos de f. 46-47 as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas são semelhantes, pois atuam no ramo de comércio varejista de materiais de construção.
3. Ainda, a certidão do oficial de justiça, constante às f. 41-42, denota que mesmo com outro número de CNPJ e firma diversa, o empresário “Montreal Portas e Janelas de Marília Ltda.” manteve-se o mesmo, representado pelo antigo sócio da sociedade empresária tida por inativa, que, inclusive é ascendente da titular do empresário individual que agora atua no lugar do contribuinte primitivo.
4. Por óbvio não há nenhum contrato aparente acerca da transferência do fundo de comércio, porém, por se tratar de alteração constante no âmbito familiar, tal prova é praticamente impossível de ser obtida.
5. Ocorre que, por tudo o quanto já se demonstrou no presente voto, é hialino que se trata de sucessão empresarial, definida no artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional.
6. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028312-68.1998.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: BARZEL COMERCIO E IMPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ORLANDO GERALDO DAMASCENO PAIVA - SP44698
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028312-68.1998.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: BARZEL COMERCIO E IMPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ORLANDO GERALDO DAMASCENO PAIVA - SP44698
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por **Barzel Com. e Imp. Ltda.** em face de sentença que extinguiu os embargos à execução sem o julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73, por carência superveniente da ação, fixando honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado (Id 90336565, p. 115-117).

Sustenta a apelante que, no pagamento efetuado nos autos da Execução Fiscal nº 98.0028311-0, cujo valor total corresponde a R\$ 162.214,96 (cento e sessenta e dois mil, duzentos e quatorze reais e noventa e seis centavos), já estavam incluídos os honorários a título de 'encargo legal', no valor de R\$ 27.035,82 (vinte e sete mil, trinta e cinco reais e oitenta e dois centavos), previsto no Decreto-lei nº 1025/69, conforme DARF's anexados aos autos – o encargo substitui a verba honorária advocatícia e tem integral incidência nas execuções fiscais da União, conforme farta jurisprudência, inclusive na Súmula 168, do antigo Tribunal Federal de Recursos (Id 90336565, p. 132-134).

Comcontrarrazões da União (Id 90336565, p. 154-157), vieramos autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028312-68.1998.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: BARZEL COMERCIO E IMPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ORLANDO GERALDO DAMASCENO PAIVA - SP44698

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

No caso em tela, Barzel Com. e Imp. Ltda, opôs os presentes embargos à execução em face da União para desconstituir o débito cobrado na Execução Fiscal nº 98.0028311-0.

Supervenientemente, nos autos da Execução Fiscal nº 98.0028311-0, houve o pagamento da dívida aqui discutida, no valor total de R\$ 162.214,96 (cento e sessenta e dois mil, duzentos e quatorze reais e noventa e seis centavos).

Diante do pagamento da dívida no curso do processo de Execução Fiscal nº 98.0028311-0, o Juízo *a quo* entendeu não haver mais interesse no prosseguimento da demanda, em razão de carência superveniente da ação, por falta de interesse de agir, extinguindo os embargos à execução sem o julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73. Fixou, ainda, honorários advocatícios a serem pagos pela embargante, no valor de 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado (Id 90336565, p. 117).

Insurge a embargante, sob o argumento de que os honorários advocatícios já foram incluídos e pagos na Execução Fiscal.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que os embargos à execução fiscal constituem ação autônoma, razão pela qual não se pode afirmar que os honorários de sucumbência apresentem qualquer tipo de caráter substitutivo.

Assim, cabível a cumulação da condenação em honorários advocatícios em execução fiscal e embargos à execução, desde que observado o limite de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou o valor atribuído à causa, conforme o caso.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL E EMBARGOS DO DEVEDOR. DUPLA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que os embargos à execução constituem ação autônoma e, por conseguinte, é cabível a cumulação da condenação em honorários advocatícios arbitrados na ação de execução e aqueles em sede dos embargos do devedor; observado o limite percentual de 20% (vinte por cento) na somatória das condenações impostas naquela e em sede de embargos do devedor. Precedentes: REsp 786.979/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4/2/2009; AgRg no REsp 1.241.923/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 31/5/2011; AgRg no REsp 1.208.229/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16/12/2010; e REsp 906057/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/8/2008.

2. Agravo regimental não provido. “

(AgRg no AREsp 7477/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DA CF. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ART. 20, § 4º, DO CPC. CUMULAÇÃO DE HONORÁRIOS NA EXECUÇÃO E NOS EMBARGOS. SÚMULA 345/STJ. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 20%. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

[...]

2. Entretanto, quanto aos honorários advocatícios, embora possam ser fixados de forma autônoma e independente na execução e nos embargos, é pacífico nesta Corte que, ocorrendo essa hipótese, a soma das duas verbas não poderá ultrapassar o teto máximo (20%) previsto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. [...] Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 48204/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PRESUNÇÃO DE POBREZA. SIMPLES DECLARAÇÃO. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 345/STJ. INCIDÊNCIA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO DO INSS CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO DE CARMELINA BORBA BEHLING E OUTROS CONHECIDO E PROVIDO.

[...]

3. Tratando-se de ação autônoma, não há falar em substituição dos honorários advocatícios fixados na execução de sentença por aqueles arbitrados nos embargos à execução, por serem tais honorários independentes e cumulativos. 4. Recurso especial do INSS conhecido e improvido. Recurso especial de Carmelina Borba Behling e Outros conhecido e provido. (REsp 1108218/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 15/03/2010)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL E EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS DUAS AÇÕES. POSSIBILIDADE. AÇÕES AUTÔNOMAS. OBSERVÂNCIA DO LIMITE DA LEI PROCESSUAL.

1. Embora os embargos à execução fiscal sejam, com efeito, a via legalmente prevista para contestar o crédito exequendo pelo executado e que seu acolhimento costume ensejar a extinção do processo executivo, não se deve olvidar que se trata de uma verdadeira ação autônoma, sujeita a peculiaridades que apenas grosso modo permitem equipará-la à contestação no processo ordinário de conhecimento.

2. Aplicar indistintamente, por analogia, a tese da ocorrência de bis in idem quando da condenação ao pagamento de honorários em sede de embargos à execução e no executivo fiscal originário, sem se observar as particularidades de cada caso e, especialmente, a efetiva atuação do causídico na lide, mostra-se inadequada frente à autonomia das ações e ao princípio da causalidade na condenação em honorários sucumbenciais.

3. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado pela possibilidade de cumulação das condenações em honorários advocatícios nas execuções fiscais e nos respectivos embargos, por constituírem ações autônomas, desde que observado o limite máximo de 20%.

4. No presente caso, a soma das duas condenações é inferior ao limite definido pelo STJ e os valores estão de acordo com a realidade fática do processo.

5. No que concerne às alegações referentes a juros de mora, não há como conhecer da matéria, uma vez que se refere à fase de execução da sentença, ainda não implementada, sendo plenamente compreensível, com a referência ao artigo 535 do Código de Processo Civil, de que a aplicação dos juros somente ocorrerá após a mora na respectiva fase de execução e não contada da prolação da sentença.

6. Apelação parcialmente conhecida e, no quanto conhecido, negado provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2271362 - 0010990-94.2009.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 20/03/2019, e-DJF3: 27/03/2019)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela GRANOL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO S/A em face da r. sentença de fls. 575/575-v que, em autos de embargos à execução fiscal, julgou extinto o processo, sem análise do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, diante da perda superveniente do objeto dos embargos, em razão do cancelamento administrativo do débito. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios e sem reexame necessário.

2. Como cedição, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se, para além da sucumbência, pelo princípio da causalidade, ou seja, aquele que deu causa à demanda é quem deve arcar com as despesas dela decorrentes. Em consequência, se a Fazenda Pública cancela a dívida ativa após a citação do executado, obrigando-o a ajuizar embargos de devedor que foram extintos em razão desse fato, deve arcar com os ônus da sucumbência, não se aplicando à hipótese o disposto no art. 26 da Lei nº 6.830/1980.

3. Plenamente possível à cumulação de honorários advocatícios na ação de embargos à execução fiscal e na correlata execução, pois se tratam de ações autônomas. O limite para a dupla condenação aos honorários é que na soma das condenações o percentual não pode ser superior a 20% sobre o valor da causa.

4. Tanto no Código de Processo Civil de 1973 como no de 2015, o legislador objetivou estabelecer critérios para a fixação dos honorários advocatícios de acordo com o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. É o que está previsto no art. 85, §2º, IV, do novo CPC e art. 20, §3º "c" do CPC/1973. Ainda que o citado artigo 85 determine a aplicação dos percentuais fixados pelos incisos I a V do §3º, nas causas em que a Fazenda Nacional for vencida, é evidente que o intuito do legislador é permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa.

5. Deve ser dada interpretação extensiva ao disposto no § 8º referido, para evitar, além do enriquecimento sem causa, a onerosidade excessiva para a parte contrária. Nesse aspecto, em atenção também aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tenho que a condenação da União Federal ao pagamento de 10% a 20% sobre o valor atualizado que foi atribuído à causa (R\$ 1.119.098,39 de acordo com pesquisa na Calculadora do cidadão) se mostra exagerada.

6. Dadas essas circunstâncias e, aliada ao fato que a União buscou receber seu crédito, não encontrando bens passíveis à penhora, e não pode renunciar ao direito à execução fiscal, reputo razoável fixar o valor da condenação dos honorários no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

7. Apelação a qual se dá provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2302777 - 0006018-79.2013.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 01/08/2018, e-DJF3:08/08/2018)

No presente caso, como já houve a cobrança no valor de R\$ 27.035,82 (vinte e sete mil, trinta e cinco reais e oitenta e dois centavos), previsto no Decreto-lei nº 1025/69, (Id 90336565, p. 143-144) na Execução Fiscal nº 98.0028311-0, a soma das duas condenações ultrapassaria o limite definido pelo Superior Tribunal de Justiça, o que não é possível.

Ante ao exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação, para excluir a condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL E EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS DUAS AÇÕES. POSSIBILIDADE. AÇÕES AUTÔNOMAS. OBSERVÂNCIA DO LIMITE DA LEI PROCESSUAL.

1. No caso em tela, Barzel Com. e Imp. Ltda, opôs os presentes embargos à execução em face da União para desconstituir o débito cobrado na Execução Fiscal nº 98.0028311-0.
2. Supervenientemente, nos autos da Execução Fiscal nº 98.0028311-0, houve o pagamento da dívida aqui discutida, no valor total de R\$ 162.214,96 (cento e sessenta e dois mil, duzentos e quatorze reais e noventa e seis centavos).
3. Diante do pagamento da dívida no curso do processo de Execução Fiscal nº 98.0028311-0, o Juízo *a quo* entendeu não haver mais interesse no prosseguimento da demanda, em razão de carência superveniente da ação, por falta de interesse de agir, extinguindo os embargos à execução sem o julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73. Fixou, ainda, honorários advocatícios a serem pagos pela embargante, no valor de 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado (Id 90336565, p. 117). Insurge a embargante, sob o argumento de que os honorários advocatícios já foram incluídos na Execução Fiscal.
4. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que os embargos à execução fiscal constituem ação autônoma, razão pela qual não se pode afirmar que os honorários de sucumbência apresentem qualquer tipo de caráter substitutivo.
5. Assim, cabível a cumulação da condenação em honorários advocatícios em execução fiscal e embargos à execução, desde que observado o limite de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou o valor atribuído à causa, conforme o caso.
6. No presente caso, como já houve a cobrança no valor de R\$ 27.035,82 (vinte e sete mil, trinta e cinco reais e oitenta e dois centavos), previsto no Decreto-lei nº 1025/69, (Id 90336565, p. 143-144) na Execução Fiscal nº 98.0028311-0, a soma das duas condenações ultrapassaria o limite definido pelo STJ, o que não é possível.
7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000971-94.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: NAC SAO PAULO COMERCIO DE LUBRIFICANTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABRICIO FAZOLLI - PR46160-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000971-94.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: NAC SAO PAULO COMERCIO DE LUBRIFICANTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABRICIO FAZOLLI - PR46160-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO**, nos autos de ação de rito ordinário, em face da sentença que julgou o precedente o pedido para declarar o direito da parte autora **NAC SAO PAULO COMERCIO DE LUBRIFICANTES LTDA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores ao ajuizamento, por meio de compensação, de tais valores com débitos tributários de qualquer natureza, nos termos da legislação de regência. A União foi condenada ao ressarcimento de custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios à parte autora, em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a **suspensão do processo** até o julgamento dos embargos declaratórios;
- b) após a edição da Lei nº 12.973/2014, a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica;
- c) todos devem contribuir com o financiamento estatal e da seguridade social, estando o dispositivo legal art. 3º, §2º, I, da Lei 9.718/98 em plena harmonia com o mandamento constitucional que determina a incidência da COFINS e do PIS sobre o “faturamento” (receita bruta) das pessoas jurídicas, visto que é da essência desse instituto (receita bruta/faturamento) a inclusão do valor do ICMS em sua composição.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000971-94.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: NAC SAO PAULO COMERCIO DE LUBRIFICANTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABRICIO FAZOLLI - PR46160-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa autora acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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)

Cumprase asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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 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 temo 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.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **02/10/2017** 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 constitui 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 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.

Cumpre 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 da União, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da parte autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. A jurisprudência do Excelso 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **02/10/2017**.
8. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
9. 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.
10. 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.
11. Recurso de apelação da União desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0013695-36.2007.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: MIAKI SERVICOS E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO ROCCHI JUNIOR - SP249767-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: MIAKI SERVICOS E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO ROCCHI JUNIOR - SP249767-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Miaki Serviços e Comércio Ltda.** contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados contra a **União**.

O juízo *a quo* reconheceu a higidez da cobrança perpetrada pela Fazenda Nacional, pois as alegações acerca da isenção da COFINS para os prestadores de serviços em nada interferem na tributação pelo PIS.

Sua Excelência, ainda, condenou a ora apelante nos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

A apelante alega, em síntese, que a revogação perpetrada pela Lei nº 9.430/96 sobre a isenção para as sociedades civis disposta na Lei Complementar nº 70/91, padece de inconstitucionalidade formal, pois tal alteração só poderia ser realizada através de legislação complementar.

Com as contrarrazões, vieramos autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013695-36.2007.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: MIAKI SERVICOS E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO ROCCHI JUNIOR - SP249767-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator): O C. Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, manifestou-se sobre a impossibilidade de extensão de benefício fiscal para situações não abarcadas pela legislação de regência. Vejam-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR INDEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA.

I - A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de se incluir a empresa ora impetrante nos benefícios fiscais instituídos pela Lei n. 12.715/2012 - INOVAR-AUTO.

II - A concessão de benefício fiscal é função atribuída pela Constituição Federal ao legislador; que deve editar lei específica, nos termos do art. 150, § 6º. A mesma ratio permeia o art. 111 do CTN, o qual impede que se confira interpretação extensiva em matéria de exoneração fiscal. Não há, portanto, fumus boni iuris para a concessão de liminar.

III - A jurisprudência do STJ é firme quanto à impossibilidade de o intérprete estender benefício fiscal à hipótese não alcançada pela norma legal (cf. RMS n. 40.536/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/11/2013, DJe 9/12/2013; AgRg no REsp n. 1.226.371/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10.5.2011; REsp n. 1.116.620/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 25.8.2010; REsp n. 1.140.723/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/2010).

IV - Na mesma linha, encontra-se a jurisprudência do STF, para quem o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, a fim de estender benefício fiscal (cf. RE n. 596.862 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 7/6/2011; ADI n. 1851 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 3/9/1998).

V - Agravo interno improvido.”

(AgInt no MS 22.624/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2019, DJe 04/06/2019)

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º DA LEI ESTADUAL Nº 5.636/2010. BENEFÍCIO FISCAL. EXTENSÃO A CONTRIBUINTE NÃO ABARCADO PELA NORMA LEGAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Discute-se nos autos acerca da possibilidade de extensão à recorrente do benefício fiscal previsto no art. 7º da Lei Estadual nº 5.636/2010, declarado inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não é possível estender benefício fiscal a terceiro não alcançado pela norma legal, tendo em vista o princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, § 6º, da CF e art. 111 do CTN).

3. Em que pesem os argumentos de que a inconstitucionalidade reconhecida não teve efeitos erga omnes, é certo que a constitucionalidade do art. 7º da Lei 5.636/2010 não aproveitaria à impetrante, em vista da inadmissibilidade de se estender os benefícios previstos no citado dispositivo legal a hipóteses não previstas, tanto mais norma que deixa de existir. Ressalte-se que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo.

4. Agravo interno não provido.”

(AgInt no RMS 47.848/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019)

A razão de tal entendimento reside na impossibilidade de interpretação extensiva, nos exatos limites do artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, que, por oportuno, transcreve-se:

“ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

No caso concreto dos autos, a ora apelante pretende que seja reconhecida a impossibilidade de revogação da isenção da COFINS para as sociedades prestadoras de serviços, perpetrada pelo artigo 56, da Lei nº 9.430/96, estendendo-se tal entendimento para o PIS.

Ademais, em relação à própria isenção mencionada, razão não assiste à recorrente, pois a questão dos autos não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência pátria é pacífica em reconhecer que a revogação da isenção perpetrada pela Lei nº 9.430/96 em relação ao PIS e a COFINS das sociedades civis não padece de inconstitucionalidade, confirmam-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. 1. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. 2. PIS E COFINS. ARTS. 3º, § 1º, E 8º DA LEI N. 9.718/98. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO: IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA: CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(RE 418898 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-04 PP-00795 LEXSTF v. 31, n. 370, 2009, p. 232-242)

“TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO DA COFINS. LC 70/91. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. LEI 9.430/96.

1. Rejeito a alegação de cerceamento de defesa, pois se trata de matéria exclusivamente de direito, sendo despendida a produção de prova.

2. Não merece reforma a sentença quanto à prescrição das parcelas recolhidas com base Parecer Normativo COSIT nº 03/94. Isso porque a ação sob análise tem por objeto pedido declaratório para obtenção de juízo de certeza sobre relação jurídica tributária, no caso a exigibilidade do PIS sem a observância das disposições das Leis nºs 9.430/96 e 9.718/98 e 10.833/03. Bem de se ver; todavia, que tal pleito em parte não deduz finalidade útil, na medida em que, eventual direito a ser deduzido em ação própria encontra-se parcialmente prescrito (AgRg no REsp 616348, Min. Teori Zavaschi, DJ 14/2/2005.).

3. O artigo 168 do Código Tributário Nacional estabelece o prazo de 5 (cinco) anos para a extinção do direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou a maior e determina a contagem a partir da data da extinção do crédito tributário, ou seja, do pagamento, inclusive daqueles tributos sujeitos a lançamento por homologação conforme jurisprudência firmada por esta Turma nos autos da AC 467030 (Processo 1999.03.99.019710-9), da AC 901295 (Processo 2000.03.99.028481-4) e da AC 764205 (Processo 2000.61.02.012712-2), de relatoria dos eminentes Desembargadores Federais Nery Júnior, Cecília Marcondes e Carlos Muta, respectivamente.

4. O Superior Tribunal de Justiça havia uniformizado seu entendimento e editado a Súmula 276, aplicando-a também aos casos que enfrentavam a questão acerca da revogação da isenção pela Lei 9.430/96, e enfrentado a matéria por meio de decisões monocráticas, inclusive com aplicação de multa por litigância de má-fé aos agravos regimentais interpostos contra as suas decisões (AgRg Resp 529.654, DJ 2.2.2004, Relator Ministro José Delgado).

5. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, em recente julgamento sobre a matéria, anulou decisão do Superior Tribunal de Justiça que enfrentou a questão, sob o fundamento de que o Superior Tribunal teria usurpado da competência do Supremo.

6. *Anulada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, analisou a revogação da isenção pela lei ordinária 9.430/96, afirmando sua constitucionalidade, em coerência com a decisão que havia sido proferida na ADC-1/DF, quando declarou que a lei complementar instituidora da COFINS era materialmente ordinária e apenas formalmente complementar.*

7. *Quanto à base de cálculo, a matéria posta em discussão já mereceu apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, n. 390.840/MG, n. 358.273/RS e n. 346.084/PR, nos quais foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, eis que a ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da Constituição Federal, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF.*

8. *Quanto ao aumento da alíquota da COFINS, veiculada pela lei 9.718/98, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 336134, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, enfrentou a questão no tocante ao argumento de violação do princípio da isonomia, considerando o dispositivo constitucional*

9. *O art. 30 da Lei 10.833/03 trata da chamada substituição tributária para frente, técnica de facilitação da arrecadação tributária, possibilitada pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal e declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 194.382 e 213.396).*

10. *Não há ofensa ao art. 246 da Constituição Federal. O art. 30 da Lei 10.833/03 não é regulamentação do art. 150, § 7º, mas mera aplicação da permissão constitucional especificamente à COFINS. Ademais, o art. 246 se refere a artigo modificado por emenda promulgada a partir de janeiro de 1995 e a emenda que acrescentou à Constituição o § 7º do art. 150 é datada de 1993.*

11. *Por fim, verificada a sucumbência recíproca, as partes devem arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, na exata proporção em que cada parte restou vencida, por força do artigo 21, caput, do CPC.*

12. *Preliminar afastada, apelação parcialmente provida.”*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0000912-54.2004.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 26/09/2007, DJU DATA:24/10/2007)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELATIVOS À PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. LC Nº 70/91. DECRETO-LEI Nº 2.397/87. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. LEI Nº 9.430/96. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS PELA LEI Nº 9.718/98. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. PRECEDENTES. SUCUMBÊNCIA.

1. *O artigo 6º, inciso II, da LC nº 70/91, foi validamente revogado pelo artigo 56 da Lei nº 9.430/96, pois a previsão de isenção em lei complementar, quando exigível era, na espécie, apenas a lei ordinária, embora não acarrete o vício originário de inconstitucionalidade formal - ao contrário do que ocorreria se disciplinada por lei ordinária matéria sob a reserva constitucional de lei complementar -, sujeita o benefício, assim concedido, à possibilidade de plena revogação por lei ordinária superveniente, no âmbito de aplicação do princípio -lex posterior revogat priori.*

2. *Consolidada a jurisprudência, no âmbito da Suprema Corte, firme no sentido da inconstitucionalidade da majoração exclusivamente da base de cálculo, prevista na Lei nº 9.718/98, sem prejuízo da legislação anterior.*

3. *Mesmo considerado, para efeito do artigo 168 do Código Tributário Nacional, o prazo quinquenal, contado retroativamente à data da propositura da ação, é certo que, no caso dos autos, não se tem a prescrição de qualquer das parcelas do indébito fiscal, pois os recolhimentos foram todos efetuados em período não excedente ao limite legal.*

4. No regime das Leis nº 8.383/91 e nº 9.250/95, a compensação era possível apenas entre indébito e débito fiscal vincendo da mesma espécie e destinação constitucional (v.g. - FINSOCIAL com COFINS; e PIS com PIS); ao passo que com a Lei nº 9.430/96, em sua redação originária, foi prevista a possibilidade de compensação de indébito com débito fiscal de diferente espécie e destinação, por meio de requerimento administrativo e com autorização do Fisco, vedada a consecução do procedimento, sem tais formalidades, por iniciativa unilateral do contribuinte: a compensação fiscal somente é possível em virtude de lei e sob as condições e garantias nela estipuladas (artigo 170, CTN), constituindo devido processo legal, indisponível segundo o interesse das partes. As Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03 vieram a alterar o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a supressão da exigência de requerimento e de autorização, para compensação de indébito com qualquer débito fiscal do próprio contribuinte e administrado pela Secretaria da Receita Federal: regime legal que, porém, não pode ser aplicado no caso, sequer a título de direito superveniente, conforme decidido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência no RESP nº 488.992, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

5. O indébito fiscal, para efeito de compensação, não se sujeita à regra de juros moratórios do artigo 167 do CTN, própria da repetição por sentença judicial condenatória transitada em julgado; mas lei especial pode, com fundamento no artigo 170 do CTN, definir a incidência do encargo, como ocorreu com a edição da Lei nº 9.250, de 26.12.95: a taxa SELIC é, pois, cabível, a partir de 01.01.96, porém, por incluir no seu cálculo uma componente de variação de correção monetária, não se admite a sua cumulação com qualquer outro índice.

6. Precedentes.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0008147-53.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/09/2007, DJU DATA:10/10/2007)

Isto decorre porque, em que pese as vetustas leis instituidoras do PIS e COFINS serem complementares (Leis Complementares nº 7/70 e 70/91), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as isenções tributárias e suas revogações podem ser realizadas através de leis ordinárias.

Sendo assim, mesmo que a isenção seja disposta em legislação complementar formalmente, tal matéria é materialmente ordinária e, portanto, sua revogação pode ocorrer através de legislação ordinária.

Isto ocorreu no caso *sub judice*, nos termos do artigo 56, da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Destarte, a revogação da isenção ocorrera constitucionalmente, pois, conforme acima explicitado, a isenção não é matéria de legislação complementar.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PIS. EXTENSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. COFINS. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORA DE SERVIÇOS. LEI Nº 9.430/96. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O C. Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, manifestou-se sobre a impossibilidade de extensão de benefício fiscal para situações não abarcadas pela legislação de regência.

2. A razão de tal entendimento reside na impossibilidade de interpretação extensiva, nos exatos limites do artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional.

3. No caso concreto dos autos, a ora apelante pretende que seja reconhecida a impossibilidade de revogação da isenção da COFINS para as sociedades prestadoras de serviços, perpetrada pelo artigo 56, da Lei nº 9.430/96, estendendo-se tal entendimento para o PIS.

4. A jurisprudência pátria é pacífica em reconhecer que a revogação da isenção perpetrada pela Lei nº 9.430/96 em relação ao PIS e a COFINS das sociedades civis não padece de inconstitucionalidade.

5. Em que pese as vetustas leis instituidoras do PIS e COFINS serem complementares (Leis Complementares nº 7/70 e 70/91), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as isenções tributárias e suas revogações podem ser realizadas através de leis ordinárias.

6. Mesmo que a isenção seja disposta em legislação complementar formalmente, tal matéria é materialmente ordinária e, portanto, sua revogação pode ocorrer através de legislação ordinária.

7. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, conforme fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000537-81.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECFAR - COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO RUEDA TOZZI - SP251596-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000537-81.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECFAR - COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO RUEDA TOZZI - SP251596-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença que concedeu a segurança para declarar o direito da impetrante **TECFAR - COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a **suspensão do processo** até o julgamento dos embargos declaratórios;

b) a base de cálculo do PIS e da COFINS permanece compreendendo a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, sendo que os tributos incidentes sobre as receitas integram a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços da pessoa jurídica.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em parecer do e. Procurador Regional da República, Sérgio Lauria Ferreira, manifestou-se pelo desprovimento do reexame necessário e do recurso de apelação da União.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000537-81.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECFAR - COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO RUEDA TOZZI - SP251596-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da empresa impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

A questão não carece de maiores debates, haja vista que 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), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen 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.

Assim, no que toca ao pedido de sobrestamento do feito, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do 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)

"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/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

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 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 ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da 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. 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 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, faz-se **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 Andriighi, 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 da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, bem como para reconhecer a necessidade do 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, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NECESSIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO PARA SE PROCEDER À COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. ART. 170-A, CTN. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. A jurisprudência do Excelso 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 encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
6. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **14/03/2017**.
8. Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, faz-se **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.
9. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.
10. 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.
11. 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.
12. Recurso de apelação da União desprovido e remessa necessária parcialmente provida, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, bem como para reconhecer a necessidade do 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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, bem como para reconhecer a necessidade do 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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001244-68.2006.4.03.6002

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RODOCON CONSTRUCOES RODOVIARIAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: SIDNEY FORONI - MS4714

APELADO: ROMEU VIEIRA DE LIMA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ RIBEIRO DE PAULA - MS7334

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001244-68.2006.4.03.6002

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RODOCON CONSTRUÇÕES RODOVIARIAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

Advogado do(a) APELANTE: SIDNEY FORONI - MS4714

APELADO: ROMEU VIEIRA DE LIMA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ RIBEIRO DE PAULA - MS7334

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Romeu Vieira de Lima** em face do **Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT**, objetivando o ressarcimento de dano material, moral e estético, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.

O réu denunciou à lide a empresa RODOCON – Construções Rodoviárias Ltda. (ID 90094430 - Pág. 167).

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o DNIT a pagar ao autor indenização por dano estético, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e indenização por danos morais, no montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), corrigidos monetariamente conforme os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, a partir da sentença (Súmula 362 do STJ), e com juros de mora a partir da data do acidente (Súmula n. 54 do STJ), consoante tópico 4.2.2 da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal (até dezembro de 2002: 0,5%; de janeiro de 2003 a junho de 2009: SELIC; a partir de julho de 2009: mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança). Na oportunidade, julgou procedente a denunciação da lide formulada pelo DNIT e condenou a RODOCON a ressarcir a autarquia federal pelos gastos expendidos com a condenação nesta demanda. Os honorários advocatícios devidos pelo DNIT foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (ID 90094684 - Pág. 82-89 e 98).

A empresa RODOCON - Construções Rodoviárias Ltda. apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) a responsabilidade da apelante pela desobstrução da pista de rolamento em caso de interdição por queda de árvore ou qualquer acidente não está inclusa no contrato firmado com o DNIT, razão pela qual é parte ilegítima para figurar no polo passivo do feito;
- b) não cabe à apelante arrancar árvores à beira da rodovia, ainda que possam cair sobre a pista de rolamento, a uma, porque isso é responsabilidade da União, através do DNIT, e a duas, porque tais árvores são protegidas pela legislação ambiental e somente o DNIT tem competência para indicar quais delas causam risco ao tráfego;
- c) a queda da árvore em virtude de um violento temporal configura força maior, o que exime a apelante e também o DNIT de qualquer responsabilidade civil;
- d) em relação aos lucros cessantes, o autor não apresentou qualquer registro em CTPS, folha de pagamento, ou outro que comprove legalmente a sua atividade laboral, ou se o mesmo fosse autônomo, deveria ter apresentado a sua declaração de renda comprovando seus rendimentos, ou ainda, comprovado atividade de prestação de serviços mediante documentos contábeis e fiscais, o que não fez;
- e) há divergência na doutrina acerca da possibilidade de cumulação do dano estético com o dano material e também com o dano moral, sendo que, inclusive, o autor não demonstrou ter sofrido qualquer constrangimento ou ter passado por situação vexatória ou de humilhação ocorrida por culpa e responsabilidade da apelante;
- f) caso mantida a condenação, seja reduzido o valor para, no máximo, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada espécie de dano, sob pena de enriquecimento ilícito.

O DNIT também apelou, alegando, em suma, que:

- a) em se tratando de omissão estatal (ainda que haja delegação), a modalidade de responsabilidade civil é subjetiva, impondo-se a comprovação da culpa no sentido de falta de serviço ou serviço inadequado, do dano e do respectivo nexo de causalidade com a omissão apontada, todavia, nos autos não há nenhum tipo de prova que evidencie que a árvore necessitava ser cortada em virtude de estar seca, pelo contrário, choveu muito no dia do acidente, o que configura caso fortuito e afasta a responsabilidade do Poder Público;
- b) o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, pois o motorista previdente consegue perceber qualquer obstáculo na pista, e dele desviar, já que sua atenção deve estar em pontos à sua frente, ao lado e atrás do veículo, de forma a demonstrar que a velocidade empreendida pela vítima era incompatível com o local e com as circunstâncias climáticas;

- c) em último caso, seja reconhecida a culpa concorrente da vítima, diante de sua imprudência/imperícia na condução do veículo;
- d) as indenizações foram fixadas em valor excessivo, considerando que o laudo pericial atestou que o autor sofreu uma leve alteração da fisionomia, e que, somadas, ultrapassam o montante geralmente estabelecido em caso de óbito;
- e) os honorários advocatícios sejam reduzidos e aplicados de acordo com o disposto no artigo 20, § 4º, do CPC/1973.

Com contrarrazões do autor, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001244-68.2006.4.03.6002
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RODOCON CONSTRUÇÕES RODOVIÁRIAS LTDA, DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
Advogado do(a) APELANTE: SIDNEY FORONI - MS4714
APELADO: ROMEU VIEIRA DE LIMA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ RIBEIRO DE PAULA - MS7334
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter indenização por dano material (lucros cessantes e pensão mensal), moral e estético, decorrente de acidente de trânsito, em rodovia federal.

Preliminarmente, acolho o pedido de ilegitimidade passiva da empresa RODOCON - Construções Rodoviárias Ltda., pois o e. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que nas ações indenizatórias decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado não é obrigatória a denúncia à lide, visto que permanece o direito do denunciante a ajuizar ação de regresso contra a empresa responsável pela restauração e manutenção de trecho da rodovia em que ocorreu o acidente automobilístico. Veja-se:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DENÚNCIAÇÃO À LIDE. AGRAVO INTERNO DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES-DNIT DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, nas ações indenizatórias decorrentes da responsabilidade civil objetiva do Estado, não é obrigatória a denúncia à lide. Precedentes: AgInt no AREsp. 1.071.054/PI, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 31.8.2017; REsp. 1.666.024/BA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 30.6.2017. 2. Agravo Interno do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES-DNIT desprovido”. ..EMEN: (AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1514462 2015.00.26284-0, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/12/2017 ..DTPB:.)

“PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE. RODOVIA EM OBRAS. TETRAPLEGIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E DA CONCESSIONÁRIA. ACÓRDÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGADO CITRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. NEXO CAUSAL E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROBATÓRIAS. VALOR DO DANO MORAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULAS 54/STJ E 362/STJ. DENUNCIÇÃO DA LIDE. PODER PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CELERIDADE PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Hipótese que cuida de indenização deferida à recorrida, em razão de acidente ocorrido em 23/11/2009, na Rodovia BR - 101, sob a administração da concessionária recorrente, que lhe causou tetraplegia traumática definitiva, tendo o acórdão de origem condenado (também) a concessionária e o DNIT, de forma solidária. O particular causador do acidente já fora condenado pela sentença. (...) 6. **A obrigatoriedade da denúncia da lide deve ser mitigada em ações indenizatórias propostas em face do poder público pela matriz, da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º - CF). O incidente quase sempre milita na contramão da celeridade processual, em detrimento do agente vitimado. Isso, todavia, não inibe eventuais ações posteriores fundadas em direito de regresso, a tempo e modo.** 7. Recurso especial da AUTOPISTA LITORAL SUL S.A. desprovido”. ..EMEN: (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1501216 2014.03.14183-2, OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:22/02/2016 ..DTPB:) (grifei)

A jurisprudência desta Corte Regional segue a linha do mesmo entendimento:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DNIT. ACIDENTE DE VEÍCULO. CAPOTAMENTO DEVIDO À MÁ CONSERVAÇÃO EM RODOVIA FEDERAL. COMPROVAÇÃO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA RECÍPROCA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO DNIT PARCIALMENTE PROVIDA. - **O DNIT é responsável, nos termos da Lei n.º 10.233/01, pela gerência da operação das rodovias federais, é ele parte passiva legítima para responder às ações judiciais de responsabilidade civil por acidentes de trânsito nelas ocorridos baseadas em falha na prestação desse serviço público. - Quanto ao agravo retido, reiterado em sede de apelação, destaco que, apesar de possível a denúncia à lide de empresa contratada para a execução de obras na rodovia, ao contrário do que sustenta o DNIT, esta não é obrigatória. Jurisprudência do STJ. - O art. 37, §6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade do Estado de indenizar os danos causados por atos, omissivos ou comissivos, praticados pelos seus agentes a terceiros, independentemente de dolo ou culpa. (...) Agravo retido conhecido e improvido. Apelação do DNIT parcialmente provida, tão-somente para determinar a incidência de juros de mora à razão de 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1.º-F, da Lei 9.494 /97”. (ApCiv 0001254-41.2008.4.03.6003, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/08/2019.) (grifei)**

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO EM RODOVIA. INVIABILIDADE. RESPONSABILIDADE DISTINTA. AÇÃO REGRESSIVA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso. 2. A questão vertida nos autos cinge-se à possibilidade de denúncia da lide pelo Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes - DNIT à empresa responsável pela restauração e manutenção de trecho da rodovia em que ocorreu acidente automobilístico por conta de desnível no acostamento e ausência de sinalização. 3. **Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da inviabilidade da denúncia da lide na hipótese em que se objetiva discutir responsabilidade de natureza distinta daquela que é discutida na ação originária calcada no art. 37, § 6º, da CF/88, envolvendo o autor e o réu-denunciante, cuja abordagem prejudicaria o regular andamento da ação indenizatória proposta pelo autor em face do réu e ante a possibilidade de ajuizamento posterior de eventual ação regressiva. Precedentes.** 4. **Ressalte-se que o E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não cabe a denúncia quando se pretende, pura e simplesmente, transferir responsabilidades pelo evento danoso, mesmo tendo em vista o previsto no art. 70, III, do CPC/1973. Precedentes.** 5. Na hipótese dos autos, observa-se que o autor ajuizou a ação originária em face do DNIT e da UNIÃO FEDERAL visando reparação por acidente automobilístico com fundamento no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. 6. Da leitura do contrato de empreitada para a restauração e manutenção de trecho da Rodovia BR-163/MS (fls. 114/118), constata-se não haver cláusula que obrigue a empresa contratada, ora agravante, a ressarcir o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes-DNIT no caso de eventuais acidentes de trânsito que possam ocorrer na Rodovia sob sua restauração e manutenção. 7. **De fato, tal contrato não transfere a ora agravante a responsabilidade pela fiscalização da rodovia, trata-se apenas de um contrato de execução de obras de restauração e manutenção sobre a efetiva fiscalização e orientação do próprio DNIT, cabendo a este, na hipótese de condenação no dever de indenizar, exercer o seu direito de regresso, por meio de ação própria, se assim entender.** 8. Inadmissível, in casu, a denúncia da lide com fundamento no art. 70, III, do Código de Processo Civil, pelo que merece ser reformada a r. decisão agravada. 9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 10. Agravo interno desprovido”. (AI 0005592-78.2015.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2019.) (grifei)

*“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO FATAL. BURACO NA VIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SUBJETIVA POR OMISSÃO. DEVER DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO CARACTERIZADA. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS INCABÍVEIS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A questão posta nos autos diz respeito a pedido de indenização por danos materiais e morais, pleiteado em face do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT, em razão de acidente fatal causado por buraco na pista de rolamento de rodovia federal. 2. A preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT não merece prosperar: Com a extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagens - DNER, o DNIT passou a ser responsável pela manutenção, conservação e fiscalização das rodovias federais, sendo parte legítima para figurar nas ações de reparação civil ajuizadas após o término do processo de inventariança ocorrido em 08/08/2003. 3. **Tampouco merece acolhida a denúncia à lide, desnecessária quando cabível posterior ação regressiva e, neste caso, contrária aos princípios da celeridade e eficiência processual, considerando-se que o processo se estende desde 2004.** 4. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. (...) 11. Remessa Oficial e Apelação do DNIT desprovidas. Apelação da autora parcialmente provida”. (ApelRemNec 0005482-10.2004.4.03.6000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/07/2016) (grifei)*

Além disso, cumpre asseverar que o "Contrato de Empreitada a Preços Unitários" nº PD/19-009/2001-00-CE, firmado originariamente entre o DNER e a RODOCON, e transferido ao DNIT pela Inveritância do DNER, em 24 de abril de 2002, cujo objeto era a execução dos serviços de manutenção, conservação e recuperação da BR-376/MS, não exclui a responsabilidade do Poder Público pelos acidentes ocorridos na rodovia.

Deste modo, é de rigor a exclusão da parte RODOCON - Construções Rodoviárias Ltda. do polo passivo da lide, devendo o DNIT, responsável pela denúncia à lide, arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais ao patrono da empresa, no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, diploma legal em vigor à época da prolação da sentença.

Superada essa questão, passo ao exame do mérito.

Narra a exordial que o autor, no dia 16.02.2002, por volta das 19h30, conduzia sua motocicleta Honda CO-125 TITAN, cor vermelha, placa HRQ 7614, ano 1998, pela Rodovia BR-376, na cidade de Glória de Dourados/MS, quando veio a se chocar violentamente contra uma árvore caída na pista.

O autor, em razão desse evento, sofreu escoriações generalizadas no rosto e nos braços, bem como sangramento bucal, tendo sido submetido a diversas intervenções cirúrgicas para a reconstrução da face e implante de dentes, o que o impossibilitou de retornar às suas atividades laborais.

Sustenta, ainda, que a alteração ocorrida em sua face provocou uma acentuada mudança de fisionomia, chegando ao ponto de não ser reconhecido por pessoas com as quais se relacionava, ocasionando-lhe, dor, tristeza, desesperança, mágoa, vergonha e humilhação.

Pois bem. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a reparação civil fundada em danos decorrentes de acidente de trânsito em rodovia exige demonstração de conduta estatal, por ação ou omissão, e relação de causalidade com o dano apurado. Trata-se, na verdade, de responsabilidade objetiva, e não subjetiva, como alega a autarquia ré.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, por sua vez, é o órgão responsável pela administração das rodovias federais, possuindo o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias.

Com efeito, deixar de fiscalizar corretamente rodovias federais destinadas a intenso, pesado e rápido tráfego de veículos, sem dúvida alguma revela uma relação objetiva de causa e efeito, demonstrando falta de cuidado e de zelo com o patrimônio público e com o direito dos usuários.

No caso em apreço, para atestar a relação de causalidade entre a conduta estatal e o resultado danoso foram juntados aos autos cópias da Ocorrência Policial Militar, que atestou o seguinte: *“devido a uma forte chuva que caía, uma árvore que encontrava-se às margens da BR-376, próximo ao cemitério, veio a cair sobre a pista de rolamento, onde o veículo (...) conduzido pelo sr. Romeu Vieira de Lima (...) veio a chocar-se contra a referida árvore que encontrava-se caída no meio da pista”* (ID 90094430 - Pág. 26-27).

As testemunhas ouvidas em juízo declararam que a árvore estava localizada ao lado do leito carroçável da rodovia, e que, por ser antiga e seca, era iminente a sua queda, até mesmo porque já estava tombando sobre a pista.

Constata-se, assim, que o temporal somente acelerou uma situação que poderia acontecer a qualquer momento, não se falando, portanto, em força maior.

Aliás, o DNIT é responsável pelas faixas de domínio das rodovias federais, as quais abrangem os canteiros, pontes, viadutos, túneis e acostamentos localizados ao lado da pista, cuja largura varia de acordo com cada trecho da via.

Registre-se, ademais, que o fato de o autor ter colidido com a árvore tombada na rodovia ou de a árvore ter caído sobre ele não exime o DNIT de indenizar a vítima, pois à autarquia competia fiscalizar as faixas de domínio e, sendo o caso, retirar todas as interferências da via.

O MM. Juiz *a quo*, inclusive, analisou detidamente a questão e consignou que, “*estando a árvore seca e próxima ao leito da pista, não é imprevisível que diante de uma chuva mais forte acabe por cair naquela, ou pior, em cima de um veículo que ali transita (...) ante as peculiaridades do caso concreto, era plenamente exigível que se procedesse à sua imediata retirada, já que previsível a ocorrência do acidente nos moldes como se deu.*” (ID 90094684 - Pág. 87).

Vale ressaltar, também, que a velocidade empreendida pela vítima não pode ser presumida pelas condições de visibilidade da via, sendo impossível afirmar excesso de velocidade sem a realização de perícia técnica. “*(...) Sobre a suposta culpa exclusiva ou concorrente, o que a afasta, definitivamente, no caso dos autos, é a constatação clara de que a vítima trafegava na rodovia sem qualquer indicação de imprudência, imperícia ou negligência. A prova de que o condutor dirigia como a legislação determina pode ser extraída do que consta dos autos, não se podendo presumir o contrário, ou seja, a prática de infração para elidir ou reduzir a responsabilidade estatal pela fiscalização precária da rodovia. A prova da imperícia, negligência ou imprudência da autora é fato impeditivo ao direito pleiteado e, portanto, cabe à ré a sua invocação e prova (artigo 333, II, CPC)*” (APELREEX 00064412020144036100, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2015.FONTE_REPUBLICACAO).

Vê-se, então, que dificilmente o condutor teria tempo de desviar de uma árvore de grande porte caída sobre a pista de rolamento, ou pior, que houvesse tombado sobre ele, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade, justamente porque a visibilidade diminui com a chuva e no período noturno. Não há dúvidas, assim, de que o fator surpresa interfere na atitude do motorista e exigir-lhe conduta diversa não se mostra razoável.

Logo, pela análise dos fatos, nenhuma conduta imprudente ou imperita pode ser imputada ao motorista para fins de reconhecimento de culpa exclusiva, ou mesmo concorrente da vítima, fazendo jus o autor ao recebimento de indenização por danos morais e estéticos.

Segundo o laudo pericial, o autor é portador de seqüela de traumatismo crânio-encefálico, submetido a cirurgia de drenagem de hematoma intracraniano, com resultado satisfatório, além de deformidade das órbitas e da mandíbula. O *expert* atestou, ainda, que o autor sofreu dano estético, consistente em leves alterações em sua fisionomia, e que esteve incapacitado para o trabalho por seis meses após o acidente, mas que em momento posterior já estaria apto a realizar suas atividades normalmente na área de vendas (ID's 90094663 - Pág. 36-37; 90094684 - Pág. 33).

Mais do que evidente, portanto, que a situação vivida pelo autor implicou efetivo abalo psíquico, capaz de ensejar reparação por dano moral, bem como resultou em deformidades no seu rosto, o que lhe garante indenização por danos estéticos.

O artigo 5º, inciso X, da Magna Carta, dispõe que, “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral, decorrente de sua violação*”.

A lei fundamental, ao se utilizar da expressão “indenização” pelos danos morais, atém-se à noção de compensação, própria do instituto da responsabilidade civil.

Ora, é evidente que o fato de se submeter a diversas cirurgias, bem como a tratamentos médicos em decorrência do acidente causou abalo psíquico ao autor, além de angústia e grande sofrimento, ainda mais por causa da gravidade dos ferimentos, conforme se verifica pelas fotografias acostadas aos autos.

No tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, algumas diretrizes hão de ser observadas, tais como a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido. Deve-se ter em conta, ademais, que a indenização não pode acarretar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório.

Neste ponto da análise, a conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado reduzir a indenização para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por entender que este valor atinge o objetivo de minorar o sofrimento do autor, sem que seja caracterizada situação de enriquecimento sem causa.

A redução, *in casu*, é cabível, considerando que a jurisprudência desta Terceira Turma tem adotado o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou até mesmo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de danos morais, em caso de acidente de trânsito que resulta em óbito.

No que diz respeito à indenização por dano estético, insta salientar que o autor sofreu uma mudança permanente em sua face, apesar de o perito ter declarado como deformidade de grau leve. Inequívoco, portanto, o dano sofrido.

Por conseguinte, a indenização fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de dano estético, deve ser mantida.

Os consectários legais, a propósito, incidirão conforme determinado na sentença.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, cabe destacar a orientação acerca da necessidade de que o valor arbitrado permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação de acordo com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calcado no princípio da causalidade e da responsabilidade processual.

De acordo o artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou em que for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Logo, considerando que a presente demanda foi ajuizada no ano de 2006, bem como as diversas manifestações do patrono do autor nos autos, a verba honorária devida pelo DNIT e fixada na sentença em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação deve ser mantida, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da ré RODOCON – Construções Rodoviárias Ltda. para declarar sua ilegitimidade passiva e excluí-la do feito, e **DOU PROVIMENTO PARCIAL** à apelação do DNIT e à remessa necessária para tão somente reduzir o valor da condenação por danos morais para o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros de mora e correção monetária, mantidos os demais termos da sentença.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DENUNCIÇÃO À LIDE. DNIT. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÁRVORE CAÍDA NA PISTA DE ROLAMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CABIMENTO.

1. O e. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que nas ações indenizatórias decorrentes da responsabilidade objetiva do Estado não é obrigatória a denúncia à lide, visto que permanece o direito do denunciante a ajuizar ação de regresso contra a empresa responsável pela restauração e manutenção de trecho da rodovia em que ocorreu o acidente automobilístico.
2. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a reparação civil fundada em danos decorrentes de acidente de trânsito em rodovia exige demonstração de conduta estatal, por ação ou omissão, e relação de causalidade com o dano apurado. Trata-se, na verdade, de responsabilidade objetiva.
3. O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, por sua vez, é o órgão responsável pela administração das rodovias federais, possuindo o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias.
4. As testemunhas ouvidas em juízo afirmaram que a árvore, antiga e seca, estava ao lado da rodovia e já tombava sobre a pista, de modo que o autor dificilmente teria tempo de desviar de uma árvore de grande porte caída sobre a pista de rolamento ou que houvesse tombado sobre ele, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade, justamente porque a visibilidade diminui com a chuva e no período noturno. Não há dúvidas, assim, de que o fator surpresa interfere na atitude do motorista e exigir-lhe conduta diversa não se mostra razoável.
5. Não há como o DNIT se eximir de indenizar a vítima, pois à autarquia competia fiscalizar as faixas de domínio da rodovia e, sendo o caso, retirar todas as interferências da via. Além disso, pelas condições da árvore, era previsível que diante de uma chuva mais forte acabasse por tombar na pista de rolamento, ou pior, sobre algum veículo, não se falando, portanto, em força maior.
6. A velocidade empreendida pela vítima não pode ser presumida pelas condições de visibilidade da via, sendo impossível afirmar excesso de velocidade sem a realização de perícia técnica.

7. Segundo o laudo pericial, o autor é portador de seqüela de traumatismo crânio-encefálico, submetido a cirurgia de drenagem de hematoma intracraniano, com resultado satisfatório, além de deformidade das órbitas e da mandíbula. O *expert* atestou, ainda, que o autor sofreu dano estético, consistente em leves alterações em sua fisionomia.

8. Mais do que evidente, portanto, que a situação vivida pelo autor implicou efetivo abalo psíquico, capaz de ensejar reparação por dano moral, bem como resultou em deformidades no seu rosto, o que lhe garante indenização por danos estéticos.

9. A indenização por dano moral deve ser reduzida para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e a indenização por dano estético deve ser mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), as quais estão sujeitas à incidência de juros de mora e correção monetária.

10. Precedentes.

11. Apelação da ré RODOCON provida.

12. Apelação do réu DNIT e remessa necessária providas em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da ré, e DEU PROVIMENTO PARCIAL à apelação do DNIT e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000837-64.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: MUNICIPIO DE JUNDIAI
PROCURADOR: MUNICIPIO DE JUNDIAI
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000837-64.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: MUNICIPIO DE JUNDIAI
PROCURADOR: MUNICIPIO DE JUNDIAI

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Municipal de Jundiá - SP, inconformada com a sentença proferida nos autos dos embargos à execução fiscal, opostos pela Caixa Econômica Federal - CEF.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedentes os embargos à execução, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e determinou a extinção da execução fiscal. A embargada foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Irresignada, a embargada recorre, aduzindo, em síntese, que:

- a) é inegável a presença de bens do patrimônio da recorrida na composição do fundo, os quais não são, de forma alguma, amparados pela imunidade recíproca, na medida em que se trata de empresa pública;
- b) os bens imóveis integrantes do PAR não estão abrangidos pela imunidade recíproca.

Com contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000837-64.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: MUNICIPIO DE JUNDIAI
PROCURADOR: MUNICIPIO DE JUNDIAI

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): No caso dos autos, é aplicável o disposto no art. 27, §8º da Lei n.º 9.514/97, segundo o qual: "Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse" (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

Tal previsão, ao atribuir ao devedor fiduciante, a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, é o entendimento esposado por este e. Tribunal. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ILEGITIMIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

I. *In casu*, a CEF é proprietária do imóvel, porém na condição de credora fiduciária, nos termos do previsto na Lei 9.514/1997.

II. Havendo disposição de Lei atribuindo responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel ao devedor fiduciante (Lei 9.514/1997, §8º do artigo 27), verifica-se a exceção prevista no artigo 123 do CTN, sendo a CEF ilegítima para figurar no pólo passivo da execução fiscal.

III. Acrescente-se que, de acordo com o previsto no artigo 86 da Lei Municipal 13.478/2002, "É contribuinte da taxa de resíduos sólidos Domiciliares - TRSD o município-usuário dos serviços previstos no artigo 83, conforme definido nesta lei". Assim, o contribuinte da taxa somente pode ser o usuário, efetivo ou potencial, dos serviços de coleta de resíduos sólidos, e não a CEF, credora fiduciária do imóvel, conforme consignado pelo Juízo.

IV. Apelação desprovida.

(TRF3, 4ª Turma, AC n.º 2011.61.82.026346-0, Rel. Des. Federal Alda Basto, j. 07.03.2013, v.u., e-DJF3 Judicial 1 21.03.2013)

Por outro lado, não há que se falar em violação aos artigos 146, III, da Constituição Federal, pela exceção criada pelo art. 27, § 8º, Lei nº 9.514/97 ao artigo 123 do CTN, eis que indigitada lei surgiu para regular as relações jurídicas no âmbito da alienação fiduciária de imóveis e, à evidência, excepciona as regras gerais tributárias do Código Tributário Nacional. A propósito do tema, já decidiu este e. Tribunal. Vejam-se:

"AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. COBRANÇA INDEVIDA. ILEGITIMIDADE DA CEF. 1. A análise da matrícula 136.834 perante o 8º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo revela que a Caixa Econômica Federal é proprietária do imóvel que ensejou a cobrança do ISS na condição de credora fiduciária desde 20 de julho de 2010. 2. Nestes termos, aplicável à espécie o disposto no art. 27, § 8º da Lei nº 9.514/97, segundo o qual: Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. 3. Tal previsão, ao atribuir ao devedor fiduciante a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do CTN, que trata da "inoponibilidade de convenções particulares à Fazenda Pública que pretendam modificar a definição legal do sujeito passivo de obrigação tributária". 4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 5. Agravo legal improvido." (TRF3, 6ª Turma, AC n.º 1915686, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, j. 24.04.2014, e-DJF3 de 09.05.2014)

"PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. TAXA DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES - TRSD. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CREDORA FIDUCIÁRIA. ILEGITIMIDADE. 1. Por força do art. 109 do Código Tributário Nacional, deve-se buscar o conceito de propriedade fiduciária no direito privado, o qual preceitua que se trata de propriedade de caráter temporário, de titularidade do credor, com a finalidade de garantir uma dívida. 2. A alienação fiduciária de bens imóveis trata-se de um negócio jurídico pelo qual o devedor-fiduciante contrata a transferência da propriedade de coisa imóvel ao credor-fiduciário como o objetivo de garantia. Conclui-se que, de fato, a Caixa Econômica Federal é proprietária do imóvel, mas tal propriedade equivale a um direito real de garantia, visto que o uso e o gozo do bem ficam a cargo da devedora-fiduciante, agindo como se proprietária fosse. 3. Aplica-se à espécie o disposto no art. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/97, na redação dada pela Lei 10.931/2004, segundo o qual: "Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse." 4. Existindo previsão legal acerca do tema, entende-se que deve ser analisada como exceção à regra prevista no art. 123 do CTN ("Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.") Deste modo, a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária deve ficar a cargo do devedor fiduciante. 5. O artigo 86 da Lei Municipal nº. 13.478/02, com as alterações dadas pelas Leis Municipais nº. 13.522/2003 e 13.699/2003, informa ser "contribuinte da Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares - TRSD o município-usuário dos serviços previstos no artigo 83, conforme definido nesta lei." Conclui-se que o contribuinte da taxa somente pode ser o usuário, efetivo ou potencial, dos serviços de coleta de resíduos sólidos, restando, assim, patente a ilegitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da presente execução fiscal, uma vez que se encontra na posição de credora fiduciária do imóvel, não usufruindo, ainda que em potencial, dos serviços prestados pelo Município exequente. 6. Precedentes desta Corte: AC 00552627620094036182, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO; AC 00263466120114036182, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO. 7. Apelação desprovida." (TRF3, 3ª Turma, AC n.º 1619363, Rel. Des. Federal Cecília Marcondes, j. 17.10.2013, e-DJF3 de 25.10.2013)

Portanto, patente a ilegitimidade passiva da embargante para figurar no polo passivo da execução fiscal, uma vez que ostenta tão somente a condição de credora fiduciária.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal - STF reconheceu a incidência da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal, nos imóveis vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR (Recurso Extraordinário de n.º 928902). Assim, é improcedente a alegação da embargada.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CREDORA FIDUCIÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. No caso dos autos, é aplicável o disposto no art. 27, §8º da Lei n.º 9.514/97, segundo o qual: "Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse" (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004). Tal previsão, ao atribuir ao devedor fiduciante, a responsabilidade pelo pagamento de tributos que recaiam sobre o imóvel, quando no exercício da posse direta, constitui-se em exceção à regra exposta no art. 123 do Código Tributário Nacional (precedente deste Tribunal).
2. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal - STF reconheceu a incidência da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal, nos imóveis vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR (Recurso Extraordinário de n.º 928902). Assim, é improcedente a alegação da embargada.
3. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000387-52.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NEOCOM INDUSTRIA E COMERCIO DE DIVISORIAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOSE RUBENS VIVIAN SCHARLACK - SP185004-A, VICTOR HUGO HEYDI TOIODA - SP351692-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000387-52.2017.4.03.6130

APELADO: NEOCOM INDUSTRIA E COMERCIO DE DIVISORIAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: JOSE RUBENS VIVIAN SCHARLACK - SP185004-A, VICTOR HUGO HEYDI TOIODA - SP351692
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo contribuinte e pela União Federal, contra acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.

3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

6. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Sessão, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

7. Apelação da União não provida. Remessa oficial parcialmente provida.

A parte contribuinte alega que o acórdão padece de omissão ao não especificar que o ICMS a ser excluído é aquele destacado no documento fiscal, o qual, inclusive, compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS (ID 90412530).

Por sua vez, a União sustenta a necessidade de sobrestamento do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos ao julgamento do RE 574.706. Defende a legalidade e constitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (ID 90450158).

Intimadas, apenas a União apresentou resposta (ID 94415526).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000387-52.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NEOCOM INDUSTRIA E COMERCIO DE DIVISORIAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOSE RUBENS VIVIAN SCHARLACK - SP185004-A, VICTOR HUGO HEYDI TOIODA - SP351692

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Com relação aos embargos de declaração da União, conforme fiz constar, “a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgamento proferido pelo STF em sede de repercussão geral”.

Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decism, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Desta forma, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Superada esta questão, passo à análise dos embargos de declaração opostos pelo contribuinte.

Sustenta a embargante que o acórdão padece de omissão ao não especificar que o ICMS a ser excluído é aquele destacado no documento fiscal, o qual, inclusive, compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Releva salientar que restou consignado na r. sentença que “a impetrante deverá observar a sistemática da não-cumulatividade, prevista nas Leis 10637/2002 e 10833/2003, caso este seja o regime fiscal por ela adotado. Nesse caso, a impetrante deve excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições quando apurar o montante devido. Por outro lado, de maneira a não se locupletar ilicitamente, reduzindo artificialmente o valor do tributo pago, deve também calcular os créditos incidentes sobre insumos e sobre outras operações permitidas excluindo o valor do ICMS incidente na operação. Portanto, no cálculo das contribuições para o PIS e COFINS devem ser excluídos tanto da base de cálculo dos débitos como dos créditos o montante de ICMS cobrado sobre as operações, de maneira a neutralizar a incidência do tributo estadual”.

A impetrante, por sua vez, não interpôs recurso em face da decisão supra, razão pela qual encontra-se preclusa a matéria debatida nos embargos de declaração interpostos, e por esta razão, não devem ser conhecidos, por manifestamente incabíveis.

Nesse sentido é o entendimento desta 3ª Turma:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS.

1. Da sentença proferida às f. 61-62, extinguindo a execução fiscal em relação à cobrança de anuidades e multas pelo exequente, houve a interposição de recurso de apelação pelo Conselho (f. 65-78), abordando somente a questão relacionada à legalidade da cobrança das anuidades. O acórdão embargado (f. 86-90) analisou a questão relacionada à cobrança das anuidades, negando provimento ao recurso de apelação. O Conselho exequente opôs embargos de declaração às f. 93-97, no referido recurso o embargante referiu-se novamente somente a questão relacionada à legalidade da cobrança das anuidades. Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme o acórdão de f. 104-106.

2. O exequente opôs novos embargos de declaração, agora, sim, abordando especificamente a questão referente às multas punitivas, não abordadas no recurso de apelação e nos primeiros embargos de declaração opostos. O exequente, ora embargante, deveria ter se insurgido com relação à extinção em relação às multas punitivas no recurso de apelação que interpôs, e não o fez, ocorrendo à preclusão.

3. Embargos de declaração não conhecidos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2192800 - 0004686-63.2003.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 16/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2017)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO dos embargos de declaração da Impetrante e REJEITO os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISSCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.
3. Com relação aos embargos de declaração da União, restou consignado que “a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral”.
4. Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.
5. Denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.
6. Ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.
7. Com relação aos embargos de declaração da impetrante, releva salientar que restou consignado na r. sentença que “a impetrante deverá observar a sistemática da não-cumulatividade, prevista nas Leis 10637/2002 e 10833/2003, caso este seja o regime fiscal por ela adotado. Nesse caso, a impetrante deve excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições quando apurar o montante devido. Por outro lado, de maneira a não se locupletar ilícitamente, reduzindo artificialmente o valor do tributo pago, deve também calcular os créditos incidentes sobre insumos e sobre outras operações permitidas excluindo o valor do ICMS incidente na operação. Portanto, no cálculo das contribuições para o PIS e COFINS devem ser excluídos tanto da base de cálculo dos débitos como dos créditos o montante de ICMS cobrado sobre as operações, de maneira a neutralizar a incidência do tributo estadual”.
8. A impetrante, por sua vez, não interpôs recurso em face da decisão supra, razão pela qual encontra-se preclusa a matéria debatida nos embargos de declaração interpostos, e por esta razão, não devem ser conhecidos, por manifestamente incabíveis.
9. Embargos de declaração do contribuinte não conhecidos. Embargos de declaração da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NÃO CONHECEU dos embargos de declaração da Impetrante e REJEITOU os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001341-98.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DACARTO BENVIC LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO DE CLEMENTE LOURENCO - SP219093-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001341-98.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DACARTO BENVIC LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO DE CLEMENTE LOURENCO - SP219093-A

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal, contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. Remessa oficial tida por interposta nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/2009.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 8. Apelação da União e remessa oficial tida por interposta não providas.*

A União sustenta que o acórdão foi omissivo, uma vez que não indicou os fundamentos determinantes que justificam a exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS/COFINS. Alega violação aos artigos 10, 11, 141, 192, 489, inciso II e 490, do CPC, bem como aos artigos 13, §1º, inciso I, 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/96, ao artigo 1º da Lei n. 10.637/02, ao artigo 1º da Lei n. 10.833/02, ao artigo 2º da Lei n. 9.715/98, e ao artigo 2º da Lei Complementar n. 70/91.

Intimada, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001341-98.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DACARTO BENVIC LTDA.

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO DE CLEMENTE LOURENCO - SP219093-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Conforme fiz constar:

“(...) o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

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”.

Desta forma, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISSCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.
2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.
3. Em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.
4. O questionamento do acórdão pela embargante aponta para típico e autêntico inconformismo com a decisão, contrariedade que não enseja o acolhimento do presente recurso, uma vez que ausentes quaisquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Embargos revestidos de nítido caráter infringente, objetivando discutir o conteúdo jurídico do acórdão.
5. Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.
6. Embargos de declaração da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009721-06.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PACER TRANSPORTE E LOGISTICA S.A.

Advogados do(a) APELADO: ELIZABETH PARANHOS - SP303172-A, CERES PRISCYLLA DE SIMOES MIRANDA - SP187746-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009721-06.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PACER TRANSPORTE E LOGISTICA S.A.

Advogados do(a) APELADO: ELIZABETH PARANHOS - SP303172-A, CERES PRISCYLLA DE SIMOES MIRANDA - SP187746-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal, contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. Não se conhece do apelo da União em relação aos parâmetros que deverão ser observados para a compensação, notadamente em relação à aplicação da taxa Selic, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 8. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) ficará limitada ao período fixado na r. sentença, qual seja, a partir de 15 de março de 2017. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*
- 9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Sessão, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).*
- 10. No que concerne à tese apresentada no apelo, no sentido de que a compensação não pode ser realizada com tributos vencidos, no caso concreto, aplica-se o art. 74, da Lei n. 9.430/96, que não restringe a compensação aos créditos vincendos.*
- 11. Apelação da União não provida na parte em que conhecida. Remessa oficial não provida.*

A União sustenta que o acórdão foi omissivo acerca da necessidade de sobrestamento do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos ao julgamento do RE 574.706. Afirma que, embora o acórdão tenha fixado o entendimento de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal, esta questão ainda não foi decidida pelo STF. Defende que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele efetivamente recolhido.

Intimada, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5009721-06.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PACER TRANSPORTE E LOGISTICAS S.A.
Advogados do(a) APELADO: ELIZABETH PARANHOS - SP303172-A, CERES PRISCYLLA DE SIMOES MIRANDA - SP187746-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Conforme fiz constar:

“(...) o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

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”.

Desta forma, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo como o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.

3. Em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

4. Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.

5. Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

6. Embargos de declaração da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007505-72.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IORGA OLEOS E PROTETIVOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogado do(a) APELADO: DENIS DONAIRE JUNIOR - SP147015-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007505-72.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IORGA OLEOS E PROTETIVOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: DENIS DONAIRE JUNIOR - SP147015-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo contribuinte e pela União Federal, contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.

3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

6. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Sessão, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

7. Apelação da União não provida. Remessa oficial parcialmente provida.

A parte contribuinte alega que o acórdão incorreu em obscuridade ao ignorar a revogação do parágrafo único do artigo 26, da Lei nº 11.457/2007. Afirma que a partir da redação dada pela Lei 13.670/2018 ao artigo 26 da Lei 11.457/2007, inexistente qualquer vedação para a compensação de valores recolhidos indevidamente com créditos referentes às contribuições previdenciárias.

A União sustenta que o acórdão foi omissivo acerca da necessidade de sobrestamento do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos ao julgamento do RE 574.706. Afirma que, embora o acórdão tenha fixado o entendimento de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal, esta questão ainda não foi decidida pelo STF. Defende que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele efetivamente recolhido.

Intimadas, as partes apresentaram resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007505-72.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IORGA OLEOS E PROTETIVOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: DENIS DONAIRE JUNIOR - SP147015-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

“(...) o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

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”.

Desta forma, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Superada esta questão, passo à análise dos embargos de declaração opostos pelo contribuinte.

Sustenta a embargante a possibilidade de compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos com qualquer tributo administrado pela SRFB.

No entanto, cumpre esclarecer que não se aplicam ao caso concreto as inovações trazidas pela Lei nº 13.670, de 30/05/2018, pois a presente ação foi proposta em 29/05/2017, enquanto que, a teor do quanto decidido pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, "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" (REsp nº 1.137.738/SP).

Desta forma, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de omissão e contradição, as embargantes atuam no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1.022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração da União e do contribuinte, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISSCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.
2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.
3. Com relação aos embargos da União, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

4. Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”. Com relação aos embargos da União, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

5. Denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

6. Cumpre esclarecer que não se aplicam ao caso concreto as inovações trazidas pela Lei nº 13.670, de 30/05/2018, pois a presente ação foi proposta em 29/05/2017, enquanto que, a teor do quanto decidido pelo STJ em julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos, “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” (REsp nº 1.137.738/SP).

7. Ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

8. Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, as embargantes atuam no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1.022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

9. Embargos de declaração do contribuinte e da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração da União e do contribuinte, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5028485-06.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ITALUNOX DO BRASIL EIRELI

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO RODRIGUES DE FREITAS - SP191191-S, ANDREIA CRISTINA MARTINS DARROS - RS74050-A, CELSO FERRAREZE - SP219041-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5028485-06.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ITALUNOX DO BRASIL EIRELI

Advogados do(a) APELADO: GILBERTO RODRIGUES DE FREITAS - SP191191-S, ANDREIA CRISTINA MARTINS DARROS - RS74050-A, CELSO FERRAREZE - SP219041-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal, contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.*
- 3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 7. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*
- 8. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/2007.*
- 9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Sessão, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).*
- 10. Apelação da União e Remessa oficial não providas.*

A União sustenta que nas razões de decidir do acórdão não houve discussão sobre a tese jurídica defendida, o que, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, impede a análise da questão pelo Tribunal Superior. Afirma que, em relação ao critério de cálculo, ausente fundamentação que justifique a opção pelo critério, com violação ao art. 93, XI, da CF e aos artigos 11 e 489, II, do CPC. Alega que não houve pedido específico sobre qual critério de cálculo do ICMS a excluir, bem como não houve decisão sobre essa questão. Requer seja excluído do r. acórdão embargado a referência a qualquer critério de cálculo concernente ao ICMS dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS, definição que deve ser relegada para a fase de liquidação ou cumprimento da sentença. Por fim, postula sejam providos os embargos, para que haja pronunciamento sobre a aplicabilidade dos dispositivos legais e constitucionais, a teor das Súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ, de modo a viabilizar interposição dos recursos às instâncias superiores (ID 90519773).

Intimada, a parte embargada apresentou resposta (ID 96808812).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5028485-06.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ITALUNOX DO BRASIL EIRELI
Advogados do(a) APELADO: GILBERTO RODRIGUES DE FREITAS - SP191191-S, ANDREIA CRISTINA MARTINS
DARROS - RS74050-A, CELSO FERRAREZE - SP219041-S
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Conforme fiz constar:

“(...) o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

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”.

Desta forma, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.
2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.
3. Em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.
4. O questionamento do acórdão pela embargante aponta para típico e autêntico inconformismo com a decisão, contrariedade que não enseja o acolhimento do presente recurso, uma vez que ausentes quaisquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Embargos revestidos de nítido caráter infringente, objetivando discutir o conteúdo jurídico do acórdão.
5. Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.
6. Embargos de declaração da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0013718-19.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: LIMA & TORRES ENGENHARIA LTDA. - ME

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCIMAURA PEREIRA PINTO - SP275895

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0013718-19.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: LIMA & TORRES ENGENHARIA LTDA. - ME
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCIMAURA PEREIRA PINTO - SP275895
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança para determinar a reinclusão da impetrante na modalidade de parcelamento discutida nos autos, condicionando-se tal medida à efetivação do pagamento do valor saldo residual em aberto, com as devidas correções.

A D. Procuradoria Regional da República não vislumbrou necessidade de intervir no feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0013718-19.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: LIMA & TORRES ENGENHARIA LTDA. - ME
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCIMAURA PEREIRA PINTO - SP275895
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelson dos Santos (Relator):

A impetrante pretende, como presente *writ*, a reinclusão no programa de parcelamento instituído pela Lei nº 12.996/2014.

Em razão da existência de saldo devedor residual de R\$ 22,50 (vinte e dois reais e cinquenta centavos) na etapa de consolidação, o parcelamento foi automaticamente cancelado.

A sentença, que concedeu a segurança para determinar a reinclusão no parcelamento, desde que o saldo residual seja quitado, não merece reforma.

Não se mostra razoável a exclusão de um parcelamento tão somente em razão da existência de saldo residual de valor ínfimo, sobretudo quando verificada a disposição do contribuinte em proceder ao pagamento devido a fim de se manter no programa de parcelamento.

De fato, como reconhecido pela própria União ao informar que não recorreria da sentença, não se verifica no caso dos autos nenhum prejuízo ao Fisco.

Dessa forma, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a reinclusão da impetrante no parcelamento instituído pela Lei nº 12.996/2014 é medida que se impõe, preservando-se dessa forma tanto o interesse público como o interesse privado no parcelamento de débitos fiscais.

Outrossim, trago a lume julgados proferidos em casos semelhantes:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REFIS DA COPA. HOMOLOGAÇÃO. INADIMPLÊNCIA DE SALDO DEVEDOR RESIDUAL ÍNFIMO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. PAGAMENTO DE BOA-FÉ DA CONTRIBUINTE. FALTA DE RAZOABILIDADE. 1. Não se revela razoável o indeferimento da homologação do parcelamento sem que antes fosse oportunizada à contribuinte, através de formal comunicação, a quitação do saldo devedor - mormente em se considerando que a demandante vinha recolhendo e vem depositando periodicamente valores bem superiores ao saldo residual da negociação. Tal exclusão contraria a própria finalidade do Programa. 2. O STJ reconhece a viabilidade de incidir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, mormente se verificada a boa-fé do contribuinte. 3. Recurso Provido”.

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0036848-55.2016.4.02.5101, LANA REGUEIRA, TRF2 - 3ª TURMA ESPECIALIZADA, DJE 07/03/2017)

“TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL. LEI 12.996/14. REJEIÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DOS DÉBITOS PARA PARCELAMENTO. ATRASO DE QUATRO DIAS NO PAGAMENTO DE UMA PARCELA PRÉVIA À CONSOLIDAÇÃO. BOA-FÉ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. O cerne da questão posta a desate consiste no exame da recusa de consolidação de débitos da contribuição, no parcelamento previsto na Lei 12.996/14, sob a alegação de quatro dias de atraso no recolhimento de parcela do saldo residual da antecipação. 2. Verifica-se que a guia DARF emitida pelo sistema da própria Receita Federal apresentou a data de vencimento no dia 30/9/2014. Tal fato, segundo a autoridade coatora, decorreu de alteração efetuada pelo contribuinte na guia, para o mês da prestação das informações para a consolidação. 3. De toda forma, o atraso ocorrido limitou-se a quatro dias, com o recolhimento efetuado ainda no próprio mês de vencimento do débito, não se vislumbrando nesta situação a existência de prejuízos ao Erário ou de qualquer vantagem ou má-fé do contribuinte. 4. A exigência prevista em Portarias e Instruções Normativas deve ser relativizada quando se tratar de hipótese como a dos autos, em que a extemporaneidade do pagamento se restringe a poucos dias, mormente pelo fato de o requisito estar previsto apenas em ato infralegal e não na lei de instituição do benefício. 5. Foi reconhecido em Nota Técnica da própria Receita Federal, que os contribuintes em situação idêntica a da ora apelada tem direito à consolidação, de forma que a sua não permissão, no presente feito, configuraria verdadeira ofensa aos Princípios da Isonomia e da Razoabilidade. 6. A manutenção da recusa de inclusão no programa importaria não somente prejuízo ao contribuinte, como ao próprio Fisco, que abriria mão do ingresso certo das parcelas mensais, mesmo porque houve a comprovação do recolhimento integral das parcelas anteriores, demonstrada a boa-fé e a intenção e interesse na admissão no programa. Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte. 7. Apelação e remessa necessária improvidas”.

(ApelRemNec 0005552-95.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/12/2017.)

“PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. LEI 12.996/2014. PAGAMENTO INTEMPESTIVO. NÃO CONFIGURADA CAUSA DE EXCLUSÃO. APELAÇÃO PROVIDA. - A Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 1064 permitiu a regularização do valor devido no período de consolidação (08 a 25 de setembro de 2015). - No caso dos autos, foi apurado saldo residual em desfavor da empresa agravante, em função de pagamento a menor, realizado em relação à antecipação e às primeiras parcelas. O pagamento de tal saldo deveria ter sido realizado até 25.09.2015, tendo em vista ser esta a data limite para a consolidação. Entretanto, nos termos do documento de fl. 58 a quitação se efetivou apenas em 09.10.2015, 15 dias após o término do aludido prazo. - Ainda, há que se considerar que o §10 do artigo 1º da Lei 11.491/2009, bem como o artigo 14º da Portaria Conjunta 13/2014 dispõe que as parcelas pagas com até 30 (trinta) dias de atraso não configurarão inadimplência para fins de exclusão do parcelamento. Por sua vez, como aduzido pela apelante, nos termos do §1º do artigo 3º da Portaria Conjunta 13/2014, a antecipação deve ser considerada como primeira prestação do parcelamento. - Na hipótese, a manutenção da situação de não consolidação do parcelamento, tendo ocorrido pagamento extemporâneo num período inferior a um mês da data limite mostra-se prejudicial tanto ao interesse público como ao privado. - Apelação provida”.

(ApCiv 0006822-57.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2019.)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. CONSOLIDAÇÃO. SALDO RESIDUAL ÍNFIIMO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A UNIÃO. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança objetivando a reinclusão no programa de parcelamento instituído pela Lei nº 12.996/2014.
2. Em razão da existência de saldo devedor residual de R\$ 22,50 (vinte e dois reais e cinquenta centavos) na etapa de consolidação, o parcelamento foi automaticamente cancelado.
3. Não se mostra razoável a exclusão de um parcelamento tão somente em razão da existência de saldo residual de valor ínfimo, sobretudo quando verificada a disposição do contribuinte em proceder ao pagamento devido a fim de se manter no programa de parcelamento.
4. Como reconhecido pela própria União ao informar que não recorreria da sentença, não se verifica no caso dos autos nenhum prejuízo ao Fisco.
5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao reexame necessário., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001926-04.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: PRENSAS SCHULER S A

Advogado do(a) APELANTE: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001926-04.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: PRENSAS SCHULER S A
Advogado do(a) APELANTE: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração tirados de acórdão por unanimidade de votos, cuja ementa transcrevo:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Determinado o sobrestamento do feito, nos termos do art. 942 do CPC, e uma vez retomado o julgamento do recurso, é possível a alteração do posicionamento registrado no voto anteriormente proferido. Art. 942, §2º, do CPC.

2. Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, editada com fundamento no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei n.º 9.716/98.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perflhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

8. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

9. A sentença deve ser reformada para que seja julgado parcialmente procedente o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressalvando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação de índices oficiais acumulados no período (janeiro de 1999 e abril de 2011), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

10. Apelação parcialmente provida.

Alega que o acórdão é omissivo “no que tange ao índice oficial de atualização monetária a ser utilizado (e)... no que tange a limitação temporal janeiro de 1999 e abril de 2011 prevista no acórdão, eis que a ação ajuizada é declaratória cumulada com repetição de indébito, e a Portaria MF 257/2011 e a INSRFB 1.158/11 continuam em vigor (em anexo)..” (ID 71306123)

A União apresentou contrarrazões. (ID 80813987)

É o breve relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001926-04.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: PRENSAS SCHULER S A
Advogado do(a) APELANTE: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Prescreve o artigo 535 do CPC o cabimento de embargos de declaração em havendo na sentença ou acórdão obscuridade, contradição ou omissão a serem sanadas. Verificando-se que não há qualquer dos vícios acima apontados, outra não será a conclusão senão pela inadmissibilidade dos embargos, cabendo ao juiz ou relator rejeitá-los de plano.

Inicialmente, quanto ao vício apontado pelo embargante, ao argumento de que o limite temporal de janeiro/99 a abril/2011 desconsiderou que “a ação ajuizada é declaratória cumulada com repetição de indébito”, insta observar que as datas mencionadas referem-se apenas ao período em que incidirão os índices de majoração da SISCOMEX, já quanto à repetição do indébito, o *decisum* menciona expressamente: “de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação (grifei), a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.”

Contudo, assiste razão ao embargante em relação à alegada omissão quanto “ao índice oficial de atualização monetária a ser utilizado” para a majoração da taxa SISCOMEX no período entre janeiro de 1999 e abril de 2011.

Assim, íntegro o voto para dele fazer constar que o índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

Da mesma forma, quanto à parte dispositiva, que passa a constar como o seguinte teor:

Ante o exposto, dou parcial provimento para afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressalvando-se a incidência de atualização monetária mediante a aplicação do INPC acumulado no período de janeiro de 1999 e abril de 2011 (131,60%), assegurada a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos declaratórios, nos termos da fundamentação.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – ÍNDICES A SEREM OBSERVADOS NA MAJORAÇÃO DA TAXA SISCOMEX.

I – Os embargos de declaração visam ao saneamento da decisão, corrigindo obscuridade, contradição ou omissão existentes.

II – Quanto ao alegado vício do decisum por impor limitação temporal entre janeiro de 1999 a abril de 2011, insta observar que as datas mencionadas referem-se apenas ao período em que incidirão os índices de majoração da SISCOMEX, já quanto à repetição do indébito, o decisum menciona expressamente que refere-se “aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação”.

III – Assiste razão ao embargante em relação à alegada omissão quanto aos índices a serem observados para a majoração da taxa SISCOMEX no período entre janeiro de 1999 e abril de 2011.

IV – O índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

V – Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos declaratórios, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001998-73.2018.4.03.6140
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRANSPORTADORA MOROMIZATO LTDA
Advogado do(a) APELADO: WILLIAN ALBERTO BARROCO - SP255918-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001998-73.2018.4.03.6140
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA MOROMIZATO LTDA
Advogado do(a) APELADO: WILLIAN ALBERTO BARROCO - SP255918-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal, contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.

3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

8. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/2007.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Sessão, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

10. Apelação da União e remessa oficial não providas.

A União sustenta que o acórdão foi omissivo acerca da necessidade de sobrestamento do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos ao julgamento do RE 574.706. Afirma que, embora o acórdão tenha fixado o entendimento de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal, esta questão ainda não foi decidida pelo STF. Defende que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele efetivamente recolhido.

Intimada, a parte embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001998-73.2018.4.03.6140

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA MOROMIZATO LTDA

Advogado do(a) APELADO: WILLIAN ALBERTO BARROCO - SP255918-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 748/996

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Conforme fiz constar:

“(...) o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

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”.

Desta forma, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que “como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa.” (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, “caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISSCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.
2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.
3. Em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.
4. Com relação ao pleito de suspensão do feito restou expresso no acórdão que “são passíveis de apreciação e julgamento os processos nos quais se discute a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ante o quanto decidido pelo STF no RE nº 574/706/PR, ainda que não tenha ocorrido o trânsito do julgado deste decisum, visto que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema”.
5. Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.
6. Embargos de declaração da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000825-28.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGESIG INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: MONICA MOZETIC PLASTINO - SP95113-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 750/996

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000825-28.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGESIG INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MONICA MOZETIC PLASTINO - SP95113-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal, contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, 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.

3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

8. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a “posição de credor tributário”, nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Sessão, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União não provida. Remessa oficial parcialmente provida.

A União sustenta que o acórdão foi omissivo, uma vez que não indicou os fundamentos determinantes que justificam a exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS/COFINS. Alega violação aos artigos 10, 11, 141, 192, 489, inciso II e 490, do CPC, bem como aos artigos 13, §1º, inciso I, 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/96, ao artigo 1º da Lei n. 10.637/02, ao artigo 1º da Lei n. 10.833/02, ao artigo 2º da Lei n. 9.715/98, e ao artigo 2º da Lei Complementar n. 70/91.

Intimada, a parte embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000825-28.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGESIG INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: MONICA MOZETIC PLASTINO - SP95113-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

No presente caso, é plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado, que apreciou as questões suscitadas pela embargante de forma satisfatória ao julgamento, mediante apreciação da disciplina normativa incidente à hipótese.

Conforme fiz constar:

“(...) o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado:

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”.

Desta forma, em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.

Assim, não se sustentam os argumentos da embargante. Em verdade, denota-se a pretensão de reapreciação da matéria e o inconformismo com o resultado do julgamento, não passíveis de análise por meio dos embargos de declaração.

Com efeito, é de se atentar que o acolhimento de teses desfavoráveis à parte embargante não configura quaisquer das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, pois é fruto da manifestação do princípio do livre convencimento do julgador.

A propósito, já decidiu o C. STJ que "como o descontentamento da parte não se insere dentre os requisitos viabilizadores dos embargos declaratórios, impende a rejeição do recurso manejado com a mera pretensão de reexame da causa." (EDREsp nº 547.235, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 05/8/2004, v. u., DJ 20/9/2004, p. 190).

Nesse sentido, a discordância da parte embargante deve ser ventilada pela via recursal adequada.

De outra parte, ainda que os embargos de declaração tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se constate a existência de qualquer dos vícios previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, sem o que se torna inviável seu acolhimento. Nesse quadro, a título ilustrativo, consulte-se o seguinte precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1107543/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 26/10/2011, DJe 18/11/2011.

Outrossim, é de se registrar que o art. 1.025 do Código de Processo Civil/2015 dispõe, para fins de prequestionamento, que são considerados incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou ainda que os declaratórios sejam inadmitidos ou rejeitados, "caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. INADEQUAÇÃO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.
2. É plenamente possível aferir-se o exato alcance do acórdão embargado e de seus fundamentos. Não há erro material, ponto omissivo, obscuro ou contraditório no julgado.
3. Em razão da pretensão da impetrante ter supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral, o presente acórdão limitou-se a aplicar o paradigma.
4. O questionamento do acórdão pela embargante aponta para típico e autêntico inconformismo com a decisão, contrariedade que não enseja o acolhimento do presente recurso, uma vez que ausentes quaisquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Embargos revestidos de nítido caráter infringente, objetivando discutir o conteúdo jurídico do acórdão.
5. Em conclusão, das considerações procedidas, constata-se que mediante alegação de erro material, omissão, contradição e obscuridade, a embargante atua no sentido de manifestar seu inconformismo, almejando efeito modificativo ao julgado, pretensão esta que não se ajusta aos estreitos limites de atuação do presente recurso, o qual se destina apenas à correção dos vícios apontados no art. 1022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil/2015.
6. Embargos de declaração da União rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração da União, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006179-83.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

PARTE AUTORA: ELIESEL CARNEIRO DE MESQUITA

JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 10ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: WAURIE AWETY DE LIMA - SP393493-A

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de reexame necessário de sentença que concedeu a ordem, para determinar que à autoridade impetrada que conclua e decida o pedido de concessão do benefício, no prazo legal.

Tramitando os autos nesta Corte, o Ministério Público Federal deixou de se manifestar, apesar de devidamente intimado (ID 93253632).

É o relatório. Passo a decidir.

As condições da ação e os pressupostos processuais são matéria de ordem pública e devem estar presentes durante todo o processo.

No caso dos autos, o impetrante objetivava a apreciação e concessão do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição e, decorrido prazo superior ao limite legal, a autoridade coatora não havia se manifestado.

Nos termos do art. 49 da Lei nº 9.784/1999 a análise e a conclusão do processo deve se dar no prazo máximo de 30 dias, prorrogável por igual período.

Antes da prolação da sentença o processo administrativo voltou a tramitar regularmente e a análise do requerimento de benefício foi concluída (ID 66142007).

Assim, verifica-se a ausência superveniente de interesse processual ante a desnecessidade do provimento jurisdicional. Destarte, de rigor a declaração da extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento nos artigos 485, VI, do CPC, ficando prejudicada a remessa oficial.

Ante ao exposto, não conheço da Remessa Oficial, nos termos do art. 932, III do CPC.

Intime-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028752-08.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

AGRAVANTE: HAYDEN DO BRASIL LTDA - EPP

Advogados do(a) AGRAVANTE: RODRIGO HELUANY ALABI - SP173533, CARLA ANDREIA ALCANTARA COELHO PRADO - SP188905-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que indeferiu a liminar em mandado de segurança no qual se pretende "suspender a exigibilidade do crédito decorrente da divergência entre GPS e GFIP da competência 13/2013 de forma que não seja empecilho à emissão da certidão de regularidade fiscal da impetrante".

Entretanto, consulta ao processo de origem revela ter havido, após informações prestadas pela autoridade impetrada, nova análise da questão pelo juízo "a quo", do que resultou o deferimento do pedido liminar.

Dessarte, constata-se a ausência superveniente de interesse recursal, porquanto o recurso limita-se a impugnar decisão liminar que veio a ser substituída.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo de instrumento, negando-lhe seguimento, com fundamento no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, arquivem-se os autos.

Intinem-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024548-18.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

AGRAVANTE: DENVER IMPERMEABILIZANTES, INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSA ALVERS - SP234573-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Tendo em vista o julgamento da ação que originou a interposição deste agravo de instrumento, constata-se a ausência superveniente de interesse recursal, porquanto o recurso restringe-se a impugnar decisão liminar que veio a ser substituída por sentença.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo de instrumento, negando-lhe seguimento, com fundamento no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000648-92.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GRESEN GUERRA GARCIA
Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL LOPES DE CARVALHO - SP300838-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA - OPAS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000648-92.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GRESEN GUERRA GARCIA
Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL LOPES DE CARVALHO - SP300838-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA - OPAS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em ação de rito ordinário ajuizada por **Gresen Guerra Garcia** em face da **União e Organização Pan-Americana/OPAS de Saúde**, objetivando provimento jurisdicional que garanta sua permanência no Programa Mais Médicos, com o recebimento do salário diretamente em sua conta ou mediante depósito judicial até final julgamento do feito, bem como para possibilitar a renovação de seu contrato de trabalho, permanecendo na mesma vaga em que se encontra atualmente.

A cautelar foi parcialmente deferida, para que a contraprestação total paga pela União ao Programa Mais Médicos seja depositada judicialmente até ulterior decisão quanto à validade do contrato a que a autora está submetida (Id 52075464, p. 1-3).

A União interpôs Recurso Ordinário, art. 1027, § 1º, CPC c.c. art.105, II, CF, em face da decisão que deferiu a tutela de urgência à autora, considerando a inviabilidade de depósito judicial em razão de inexistência de relação jurídica entre a União e a autora (Id 52075883, p. 1-15).

Nova decisão revogando a liminar anteriormente deferida (Id 52075901, p. 2).

A União, representando a OPAS, manifestou-se em relação à imunidade de jurisdição daquele Organismo Internacional, requerendo a sua exclusão do polo passivo (Id 52075906, p. 1-4)

Na sentença, o Juízo *a quo* excluiu a Organização Pan-Americana/OPAS de Saúde do polo passivo, diante de sua imunidade de jurisdição absoluta, reconhecendo sua incompetência absoluta, e, no mérito, julgou improcedente o pedido (Id 52075925 e 52075926).

Apelou a parte autora, sustentando, em síntese que (Id 52075927, p. 1-6):

a) recebe tratamento diferenciado dos demais estrangeiros - por ser de origem cubana, não teve oportunidade de solicitar a renovação de seu contrato de adesão ao programa;

b) os valores pagos pelo trabalho da requerente são enviados para o governo cubano, que fica com a maior parte;

c) de R\$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais), 5% (cinco por cento) ficam retidos à OPAS, a título de taxa, e o restante é enviado ao governo de Cuba, retornando apenas um valor aproximado de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para a apelante;

d) o contrato da apelante vencerá em marco, e após essa data terá que retornar ao país de origem contra a sua vontade, pois deseja uma oportunidade para continuar morando no Brasil e obter a naturalização tão logo preencha os requisitos;

e) a Lei nº 13.333/16 prorrogou o prazo de dispensa de revalidação dos diplomas de todos os médicos estrangeiros integrantes do programa por mais de três anos, prorrogando também o prazo do visto temporário de que trata o artigo 18 da Lei 12.871/13, com objetivo de garantir a manutenção do programa.

Com contrarrazões da União (Id 52075930, p. 2-20), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000648-92.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GRESEN GUERRA GARCIA

Advogado do(a) APELANTE: RAFAEL LOPES DE CARVALHO - SP300838-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA - OPAS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Gresen Guerra Garcia em face de sentença que julgou improcedente o pedido para assegurar a sua permanência no Programa Mais Médicos, com o recebimento do salário diretamente em sua conta, além da renovação de seu contrato de trabalho.

Na inicial, a parte autora informa que seu contrato de trabalho vence em março de 2017, e que após essa data deverá retornar ao seu país de origem, Cuba, porém deseja estabelecer domicílio permanente no Brasil e obter a naturalização brasileira assim que preencha os requisitos. Também comunica gravidez de risco, com necessidade de permanência no Brasil até o momento adequado após o parto, sendo que, no caso de não renovação do contrato, não terá condições de sobrevivência. Alega que, em razão de sua nacionalidade cubana, não teve a oportunidade de solicitar a renovação do contrato de adesão ao programa.

Conforme consta nos autos, a participação da apelante, médica de nacionalidade cubana, no "Programa Mais Médicos para o Brasil" não ocorreu por meio de vínculo direto com a União, mas sim mediante cooperação técnica firmada entre a República Federativa do Brasil e a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), incluindo todos os Termos de Ajuste específicos, em articulação com o seu país de origem, Cuba, em conformidade com os princípios do direito internacional, da legislação e o consenso dos participantes.

Nesses termos, eventual intervenção judicial somente poderia ocorrer no caso de patente ilegalidade.

De fato, a jurisprudência pátria entende que "a despeito de ser vedado ao Poder Judiciário o exame do mérito dos atos discricionários da Administração, não se deve confundir tal proibição com a possibilidade do Poder Judiciário de aferir a legalidade dos atos da Administração" (v.g. MS 22.488/DF, 1ª S., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08.08.2016).

Na espécie, apesar de o art. 16 da Lei nº 12.871/2013 ter dispensado a revalidação do diploma de médico no período em que vinculado ao "Programa Mais Médicos para o Brasil", e a Lei nº 13.333/2016 ampliado o prazo do visto temporário, não houve qualquer menção à prorrogação dos contratos individuais de trabalho.

Assim, não havendo norma autorizando a prorrogação do "Programa Mais Médicos", não é possível, em princípio, sua prorrogação, pois inexistente direito subjetivo dos médicos estrangeiros nesse sentido.

Com efeito, a definição do tempo de permanência no referido programa deve ficar a critério da coordenadoria do "Programa Mais Médicos do Brasil", resolvendo-se a questão pela conveniência e oportunidade da Administração Pública, deliberando sobre a continuidade, ou não, das atividades dos profissionais no Brasil.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO. ART. 1.027, II, “B”, DO CPC/2015. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR O AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO. MÉDICOS INTERCAMBISTAS. LEIS N. 12.871/2013 E N. 13.333/2016. CONTRATOS INDIVIDUAIS. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. DELIBERAÇÃO DA COORDENADORIA DO PROGRAMA “MAIS MÉDICOS” DO BRASIL. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RAZÕES DO ALEGADO DISCRÍMEN. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. DESCABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. O art. 109, II e III, da Constituição Federal, consigna que compete ao juiz federal processar e julgar, em primeiro grau, as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no país, devendo o recurso ordinário interposto nessa causa ser dirigido diretamente ao STJ.

2. Nos termos do disposto pelo art. 1.027, II, “b”, do Código de Processo Civil de 2015, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória, proferida por juiz federal de primeira instância, em processo em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

3. A Lei n. 12.871/2013 dispensou a revalidação do diploma e previu a concessão de visto temporário ao médico intercambista durante os três primeiros anos de participação no programa e a Lei n. 13.333/2016 prorrogou por 3 (três) anos o prazo de dispensa da revalidação do diploma e do visto temporário, mas nada dispôs sobre a renovação automática dos contratos individuais.

4. Os critérios estabelecidos na legislação de regência acima citada são claros e objetivos, sendo certo, ainda, competir à Coordenadoria do Programa “Mais Médicos” do Brasil a deliberação sobre a continuidade ou não dos profissionais no desempenho de suas atividades no território nacional, resolvendo-se a questão pela conveniência e oportunidade da Administração Pública.

5. Ainda que se houvesse de invocar a teoria dos motivos determinantes, como bem ressaltado pela decisão de primeiro grau, no caso em exame sequer “está claro nos autos a razão pela qual não fora oportunizada aos médicos cubanos a possibilidade de renovação do vínculo ao Programa Mais Médicos” e, dessa forma, ainda nem é possível antever as razões do suposto discrimen, motivo pelo qual “seria temerário presumir em juízo de cognição sumária a ofensa ao princípio da isonomia, não havendo, portanto, substrato para que o Judiciário controle a legitimidade do ato”.

6. Agravo de instrumento não provido.”

(Ag 1433756; Rel. Min. OG FERNANDES; Data do Julgamento 03/04/2018; DJe 09/04/2018)

DIREITO ADMINISTRATIVO. SAÚDE. PROGRAMA MAIS MÉDICOS. INCOMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

I - A União interpôs agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.027, II, b, § 1º, do CPC/2015, contra decisão proferida pelo juízo federal de Campinas/SP que, nos autos do processo n. 5001653-86.2016.4.03.6105, deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência formulado por Ilario Chales Garcia, garantindo-lhe, “[...] na forma da Lei 13.333/16, a prorrogação do contrato do Autor no Programa Mais Médicos, porém, nas mesmas condições em que foi admitido” (fls. 27-29).

II - A alegação de incompetência deste Tribunal mostra-se de todo descabida, uma vez que o procedimento originário foi interposto, pelo próprio ora agravante, contra a União e a Organização Pan-Americana da Saúde - OPAS, sendo cabível a aplicação, portanto, do art. 1.027, II, b, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 à hipótese.

(...)

V - A questão controvertida nos autos mostra-se sensível, porque a legislação de regência da matéria (Leis ns. 12.871/2013 e 13.333/2016) possibilita a prorrogação do prazo, mas, em momento algum, dispõe no sentido de ser automática, não se antevendo o alegado direito à manutenção no respectivo Programa, na forma em que liminarmente deferida.

VI - Consta dos autos informação no sentido de que a contratação de médicos cuba nos no âmbito do Programa não se dá de forma direta com a União, mas sim por intermédio de cooperação técnica, regulada pelos princípios de direito internacional, celebrada entre a OPAS e o Brasil, nos termos do 80º Termo de Cooperação Técnica, e balizada nos termos do art. 23 da Lei n. 12.871/2013.

VII - Dessa forma, a interferência da União com a ordem de prorrogação automática da permanência do agravado, sem anuência dos entes internacionais respectivos, mostra-se, em princípio, indevida. Há forte probabilidade, assim, do futuro provimento do presente recurso.

VIII - A princípio, uma intervenção brasileira indevida na relação do governo de cuba com o seu nacional, caso tenha sua eficácia mantida, a decisão agravada pode colocar em risco, inclusive, o Programa entabulado com cuba, situação que caracteriza o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no AI 1.433.798/SP, Segunda Turma, relator Ministro Francisco Falcão, j. 03/04/2018; DJ 09/04/2018)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MÉDICOS INTERCAMBISTAS. LEI Nº 12.871/2013 E Nº 13.333/2016. CONTRATOS INDIVIDUAIS. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. DELIBERAÇÃO DA COORDENADORIA DO PROGRAMA “MAIS MÉDICOS DO BRASIL”. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Trata-se de apelação interposta por Gresen Guerra Garcia em face de sentença que julgou improcedente o pedido para assegurar a sua permanência no Programa Mais Médicos, com o recebimento do salário diretamente em sua conta, além da renovação de seu contrato de trabalho.

2. Na inicial, a parte autora informa que seu contrato de trabalho vence em marco de 2017, e que após essa data deverá retornar ao seu país de origem, Cuba, porém deseja estabelecer domicílio permanente no Brasil e obter a naturalização brasileira assim que preencha os requisitos. Também comunica gravidez de risco, com necessidade de permanência no Brasil até um momento adequado após o parto, sendo que, no caso de não renovação do contrato, não terá condições de sobrevivência. Alega que, em razão de sua nacionalidade cubana, não teve a oportunidade de solicitar a renovação do contrato de adesão ao programa.

3. Conforme consta nos autos, a participação da apelante, médica de nacionalidade cubana, no "Programa Mais Médicos para o Brasil" não ocorreu por meio de vínculo direto com a União, mas sim mediante cooperação técnica firmada entre a República Federativa do Brasil e a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), incluindo todos os Termos de Ajuste específicos, em articulação com o seu país de origem, Cuba, em conformidade com os princípios do direito internacional, da legislação e o consenso dos participantes.

4. A jurisprudência pátria entende que "a despeito de ser vedado ao Poder Judiciário o exame do mérito dos atos discricionários da Administração, não se deve confundir tal proibição com a possibilidade do Poder Judiciário de aferir a legalidade dos atos da Administração" (v.g. MS 22.488/DF, 1ª S., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08.08.2016).

5. Na espécie, apesar de o art. 16 da Lei nº 12.871/2013 ter dispensado a revalidação do diploma de médico no período em que vinculado ao "Programa Mais Médicos para o Brasil", e a Lei nº 13.333/2016 ampliado o prazo do visto temporário, não houve qualquer menção à prorrogação dos contratos individuais de trabalho. Assim, não havendo norma autorizando a prorrogação do "Programa Mais Médicos", não é possível, em princípio, sua prorrogação, pois inexistente direito subjetivo dos médicos estrangeiros nesse sentido.

6. Com efeito, a definição do tempo de permanência no referido programa deve ficar a critério da coordenadoria do "Programa Mais Médicos do Brasil", resolvendo-se a questão pela conveniência e oportunidade da Administração Pública, deliberando sobre a continuidade, ou não, das atividades dos profissionais no Brasil. Precedentes do STJ.

7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004420-52.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

PARTE AUTORA: ABDIAS CAVALCANTE DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELIOSMAR CAVALCANTE DA SILVA - SP361611-N

PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de reexame necessário de sentença que concedeu a ordem, nos termos do art. 487, I do CPC, para determinar que à autoridade impetrada que conclua e decida o pedido de concessão/revisão do benefício, no prazo de até 30 (trinta) dias.

Tramitando os autos nesta Corte, o Ministério Público Federal pugna pela manutenção da sentença.

É o relatório. Passo a decidir.

As condições da ação e os pressupostos processuais são matéria de ordem pública e devem estar presentes durante todo o processo.

No caso dos autos, o impetrante objetivava a apreciação e concessão do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição e, decorrido prazo superior ao limite legal, a autoridade coatora não havia se manifestado.

Nos termos do art. 49 da Lei nº 9.784/1999 a análise e a conclusão do processo deve se dar no prazo máximo de 30 dias, prorrogável por igual período.

Logo após a prolação da sentença o processo administrativo voltou a tramitar regularmente e a análise do requerimento de benefício foi concluída (ID 90168476).

Assim, verifica-se a ausência superveniente de interesse processual ante a desnecessidade do provimento jurisdicional. Destarte, de rigor a declaração da extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento nos artigos 485, VI, do CPC, ficando prejudicada a remessa oficial.

Ante ao exposto, não conheço da Remessa Oficial, nos termos do art. 932, III do CPC.

Intime-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028585-88.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: DELFIM COMERCIO E INDUSTRIA LTDA, DELFIM COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: OTAVIO LOUREIRO DA LUZ - MG75446-A, DENISE DE CASSIA ZILIO - SP90949-A, JOSE MARCELO BRAGA NASCIMENTO - SP29120-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: OTAVIO LOUREIRO DA LUZ - MG75446-A, DENISE DE CASSIA ZILIO - SP90949-A, JOSE MARCELO BRAGA NASCIMENTO - SP29120-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Informação colhida no Processo Judicial Eletrônico de 1ª instância dá conta de que o MM. Juízo “a quo” proferiu sentença nos autos de origem.

Considerando que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027969-50.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: KALLAN MODAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: HENRIQUE DE OLIVEIRA LOPES DA SILVA - SP110826-A, FELIPE JIM OMORI - SP305304-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Informação colhida no Processo Judicial Eletrônico de 1ª instância dá conta de que o MM. Juízo “a quo” proferiu sentença nos autos de origem (Id 20258330).

Considerando que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001868-09.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: RODRIMAR S/A TRANSP. EQUIP. INDUSTRIAIS E ARM. GERAIS

Advogados do(a) APELANTE: JULIANO ROTOLI OKAWA - SP179231-A, IGOR NASCIMENTO DE SOUZA - SP173167-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001868-09.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: RODRIMAR S/A TRANSP. EQUIP. INDUSTRIAIS E ARM. GERAIS

Advogados do(a) APELANTE: JULIANO ROTOLI OKAWA - SP179231-A, IGOR NASCIMENTO DE SOUZA - SP173167-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por RODRIMAR S/A TRANSPORTES EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS E ARMAZÉNS GERAIS em face do acórdão que, à unanimidade, negou provimento à apelação. Eis a ementa do julgado, in verbis:

ADMINISTRATIVO, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 489 DO CPC. OBSERVÂNCIA. NULIDADE AFASTADA. ARROLAMENTO DE BENS. ART. 64 DA LEI Nº 9.532/97. CRÉDITO INFERIOR A 30% DO PATRIMÔNIO CONHECIDO. CAUSA DE PEDIR NÃO ENFRENTADA. ART. 1013, § 3º, DO CPC. CAUSA MADURA. APRECIÇÃO IMEDIATA. ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. IMÓVEL OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CABIMENTO DA MEDIDA. MANUTENÇÃO DO BEM NO ARROLAMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A sentença, ainda que de forma concisa, refutou a argumentação expendida pela impetrante, não se verificando violação ao art. 489 § 1º, VI, do CPC/2015.

2. A alegação de que a dívida da impetrante é inferior ao limite de 30% de seu patrimônio conhecido consubstancia causa de pedir não apreciada na origem. No entanto, por força do disposto no art. 1.013, § 3º, do CPC, bem assim em consideração à natureza da ação mandamental, a demandar a apresentação de prova pré-constituída, a questão comporta julgamento imediato.

3. O arrolamento é procedimento administrativo destinado à garantia do débito do contribuinte, de natureza cautelar; não implicando a indisponibilidade dos bens e, conseqüentemente, obstáculo ao exercício das prerrogativas inerentes ao direito de propriedade.

4. Visa-se identificar os bens do suposto devedor e evitar a sua dissipação, providência expressamente autorizada pela Constituição Federal, nos termos do art. 145, § 1º, parte final.

5. Embora se afaste a incidência de penhora sobre bens objeto de alienação fiduciária, tem-se admitido que o instituto recaia sobre os direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Precedentes do STJ e do TRF3. Consubstanciando medida inequivocamente menos gravosa, não se vislumbro empecilho ao mero arrolamento de imóvel alienado fiduciariamente.

6. Caráter meramente acautelatório da medida, visando assegurar o simples acompanhamento da situação patrimonial do devedor, sem incorrer em qualquer privação do exercício dos direitos de propriedade. Expresso comando legal autorizando e regulando a efetivação do procedimento administrativo de arrolamento. Ampla admissão da medida pela jurisprudência pátria. Ausência de violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal ou da segurança jurídica.

7. A impetrante não juntou ao processo documento, extrato ou planilha de cálculos que permita verificar, de maneira certa e inequívoca, corresponder o valor atualizado do crédito tributário - inclusive com a discriminação dos consectários legais - a valor inferior a 30% de seu patrimônio.

8. Diante da presunção de legalidade e legitimidade ínsita ao ato administrativo praticado, bem como da falta de elementos aptos a comprovarem o direito líquido e certo reivindicado nesta via de estreita cognição e carente de fase instrutória, de rigor a manutenção da sentença denegatória da segurança.

9. Apelação desprovida.

Sustenta a embargante, em síntese, ser omissa o *decisum* quanto à: i) “constatação expressa no sentido de que, em 25/03/2010, ou seja, anteriormente à lavratura do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, já teria ocorrido a alienação fiduciária do imóvel objeto da matrícula nº 30.796 ao Banco Bradesco S.A.”; ii) necessidade de a impetrante regularizar sua situação perante a instituição financeira, a fim de obter novos financiamentos, motivo pelo qual o arrolamento se revela gravoso; iii) à análise da documentação carreada aos autos, em especial no tocante ao balanço patrimonial divulgado em 21/06/2016.

Afirma-se, ademais, contraditório o acórdão no ponto em que, a despeito de afirmar que o arrolamento serviria para “dar publicidade” à dívida em nome do proprietário do imóvel, reconheceu que a propriedade do imóvel já havia sido transferida.

Requer-se, por fim, o acolhimento dos embargos para fins de pré-questionamento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001868-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA
APELANTE: RODRIMAR S/A TRANSP. EQUIP. INDUSTRIAIS E ARM. GERAIS
Advogados do(a) APELANTE: JULIANO ROTOLI OKAWA - SP179231-A, IGOR NASCIMENTO DE SOUZA -
SP173167-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A despeito das razões invocadas pela parte embargante, não se verificam, na decisão embargada, obscuridade, contradição, omissão ou erro material passíveis de serem sanados pela via estreita dos embargos declaratórios, consoante exige o art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Em primeiro lugar, ao contrário do que sustenta a recorrente, a circunstância de a alienação fiduciária ter ocorrido anteriormente à lavratura do Termo de Arrolamento consta expressamente do relatório e foi enfrentada no voto, não se verificando a omissão apontada.

O mesmo sucede quanto à análise da documentação carreada aos autos, aspecto em que se consignou, expressamente, não haver elementos sólidos a amparar a alegação da impetrante, ônus que lhe incumbia, consideradas a regra de distribuição do ônus da prova, a presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo, bem assim a impossibilidade de dilação probatória em sede mandamental.

Por fim, quanto às demais omissões e contradições apontadas, tem-se que a decisão embargada, de forma clara e fundamentada, afirmou a legalidade e proporcionalidade da inclusão do bem imóvel sob matrícula nº 30.796 (1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Santos) no arrolamento. Com efeito, não apenas discorreu sobre a questão relacionada aos direitos transmitidos por meio da alienação fiduciária, como também tratou dos efeitos decorrentes da referida medida fiscal, concluindo pela higidez do ato administrativo vergastado.

Os argumentos expendidos demonstram, na verdade, o inconformismo das recorrentes em relação aos fundamentos do *decisum*, os quais não podem ser atacados por meio de embargos de declaração, por apresentarem nítido caráter infringente.

Nesse sentido, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in verbis:

"Os EDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se, também, à correção de erro material. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado [...]."

Os EDcl podem ter, excepcionalmente, caráter infringente quando utilizados para: a) correção de erro material manifesto; b) suprimento de omissão; c) extirpação de contradição. A infringência do julgado pode ser apenas a consequência do provimento dos EDcl, mas não seu pedido principal, pois isso caracterizaria pedido de reconsideração, finalidade estranha aos EDcl. Em outras palavras, o embargante não pode deduzir, como pretensão recursal dos EDcl, pedido de infringência do julgado, isto é, da reforma da decisão embargada. A infringência poderá ocorrer quando for consequência necessária ao provimento dos embargos [...]". (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Comentários ao Código de Processo Civil - Novo CPC - Lei 13.105/2015, RT, 2015).

Na mesma senda, vale trazer à colação recente julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC DE 2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso. 2. No caso dos autos não ocorre nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo CPC, pois o acórdão embargado apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão. (...) (EDcl no AgRg no AREsp 823.796/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 24/06/2016)

Ademais, ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, revela-se desnecessária a referência expressa aos princípios e aos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da controvérsia, à luz dos temas invocados, é suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores, como expresso no art. 1.025 do Código de Processo Civil.

Assim, não demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código de Processo Civil, impõe-se sejam rejeitados os presentes embargos de declaração.

Ante o exposto, voto por rejeitar os embargos de declaração.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO - REJEIÇÃO.

I - Os embargos de declaração visam ao saneamento da decisão, mediante a correção de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022 do CPC).

II - Caso em que sobressai o nítido caráter infringente dos embargos de declaração. Pretendendo a reforma do decisum, direito que lhe é constitucionalmente assegurado, deve o recorrente se valer dos meios idôneos para tanto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5018200-51.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECIDOS MN LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRO NEZI RAGAZZI - SP137873-A, SIMONE SILVA VAZ - SP411255-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5018200-51.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECIDOS MN LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRO NEZI RAGAZZI - SP137873-A, SIMONE SILVA VAZ - SP411255-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito, e, aduz a ausência de comprovação do recolhimento.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório. Inclua-se o feito em pauta, para julgamento pela Turma.

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECIDOS MN LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRO NEZI RAGAZZI - SP137873-A, SIMONE SILVA VAZ - SP411255-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Nelton dos Santos (Relator): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Preliminarmente, diga-se que, a questão relativa à comprovação da relação tributária, bem como da juntada de guia que comprove o recolhimento no quinquênio prescricional, restou pacificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.111.164/BA), julgada sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil, onde se firmou o entendimento de que a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar: Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) (grifei)

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. *Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*

2. *A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.*

3. *Para se espancar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

4. *No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. **O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensação, ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).***

5. *Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.*

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada da providência somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. *Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

7. *Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.*

8. *Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.*

9. *Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.*

10. *Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.*

11. *Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.*

12. *Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019) (grifei)*

No caso em tela, como a impetrante busca apenas a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária.

In casu, extrai-se do contrato social, que a impetrante comprovou que tem o dever de recolher as contribuições em comento, visto que realiza as hipóteses de incidência das referidas exações.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, 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 E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão 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, 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)

"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 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 repassá-los 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, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro 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 ALDABASTO, 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)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. Segundo o entendimento proferido no REsp n.º 1.111.164/BA, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73, se a impetrante busca apenas a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é suficiente a comprovação de que ela ocupa a posição de credora tributária. Precedentes do STJ.

3. A jurisprudência do 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 Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

5. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

6. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027714-28.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIAS A.

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027714-28.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIAS A.

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, ajuizada por Itaú Seguro de Auto e Residência S/A em face do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT -, com o objetivo de reaver, no exercício do direito de regresso, quantia paga por força de contrato de seguro veicular.

De acordo com a inicial, a autora firmou contrato de seguro com Márcio Fernandes Naves, na modalidade RCFV Auto - Responsabilidade Civil de Proprietário de Veículo Automotor de Via Terrestre -, por meio do qual se obrigou a garantir o veículo Volkswagen Space Fox, 2008/2008, Placas HKF-3579, contra, dentre outros, riscos oriundos de acidentes de trânsito.

Narra-se que, em 20/08/2013, o segurado trafegava pela BR 452, quando, na altura do km 62, sem qualquer advertência prévia, foi surpreendido pela existência de cachorro na pista, com o qual veio a colidir, o que ocasionou relevantes avarias no veículo.

Aduz-se que, por negligência do réu, teve de suportar o prejuízo de R\$ 4.789,90, consubstanciado na diferença entre o valor da indenização paga ao segurado e o importe descontado a título de franquia.

Nesse sentido, com espeque nos art. 786 do CC, requer o ressarcimento do montante despendido.

Coma inicial, foram juntados documentos.

Regularmente citado, o DNIT contestou o feito. Suscitou, inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva, imputando responsabilidade ao dono/detentor do animal envolvido no acidente, bem assim alegando não deter competência para o patrulhamento ostensivo de rodovias. No mérito, alegou não estarem presentes os pressupostos do dever de indenizar, sobretudo por se tratar de hipótese de responsabilidade subjetiva. Subsidiariamente, requereu a aplicação dos critérios de juros e correção monetária previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação atribuída pela Lei 11.960/09.

Em audiência, foram colhidos os depoimentos testemunhais.

A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento de R\$ 4.789,90 em favor da seguradora. Atualização monetária, a partir do desembolso, considerados os índices da Justiça Federal, e juros de mora, desde o evento danoso, à razão de 1% ao mês. Honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73, norma vigente à época do ajuizamento da demanda.

Em apelação, o DNIT pugnou a reforma da decisão, reiterando a argumentação expendida na contestação.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027714-28.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.

Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva.

Consoante dispõe o artigo 82, inciso I, da Lei nº 10.233/01, compete ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacionais, sinalização, manutenção ou conservação, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações. Nesse passo, no exercício de suas atribuições, o DNIT deve tomar todas as medidas necessárias para prevenir acidentes e assegurar a segurança dos usuários.

Essa atribuição, frise-se, em nada se confunde com aquela conferida à Polícia Rodoviária Federal, a quem incumbe realizar o patrulhamento ostensivo das rodovias federais, (art. 144 da CF e art. 1º do Decreto nº 1.655/95), executando operações relacionadas com a segurança pública.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta E. Turma e do C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANO AO VEÍCULO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O DNIT é o órgão responsável pela administração das rodovias federais e possui o dever jurídico de garantir a segurança e trafegabilidade das respectivas vias, razão pela qual a responsabilidade do dono do animal, prevista no art. 936 do Código Civil, não afasta a da Administração Pública, em especial quando ausente identificação do primeiro, como no caso, e verificada a existência de relação do dano com a prestação do serviço público.

2. Da mesma maneira, à Polícia Rodoviária Federal compete apenas o patrulhamento das rodovias com vistas a prevenir e reprimir a prática de infrações de trânsito, bem como a atuação no combate à criminalidade, nos termos do artigo 1º do Decreto 1.655/1995, e não a retirada de animais e obstáculos que se colocam nas pistas de rolamento de estradas federais.

3. Segundo o Boletim de Acidente de Trânsito, a conservação da pista de rolamento era boa, mas não havia defesa na rodovia e a cerca estava danificada.

4. Aliás, ainda que a rodovia esteja em boas condições de trafegabilidade, como é o caso dos autos, dificilmente o condutor teria tempo de desviar de animais de grande porte que interceptam seu caminho, mesmo que trafegando dentro do limite de velocidade.

5. Com efeito, deixar de fiscalizar corretamente rodovias federais destinadas a intenso, pesado e rápido tráfego de veículos, sem dúvida alguma revela uma relação objetiva de causa e efeito, demonstrando falta de cuidado e de zelo com o patrimônio público e com o direito dos usuários de tais vias.

6. In casu, inequívoca a lesão a direito patrimonial da autora, que arcou com o pagamento do seguro pelos danos materiais sofridos com o sinistro veicular; sub-rogando-se nos direitos respectivos.

7. O DNIT tem a obrigação, assim, de ressarcir o prejuízo à autora, sem embargo do direito da autarquia de reaver do terceiro, proprietário ou detentor do animal, o que de direito, em ação própria.

8. É de rigor a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais à autora, no valor de R\$ 17.780,00 (dezessete mil, setecentos e oitenta reais), acrescidos de juros de mora e correção monetária, além dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

9. Precedentes.

10. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5021516-72.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 18/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/10/2019)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ANIMAL EM RODOVIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRECEDENTES. 1. Na ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera rediscussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível. 2. No caso, o acórdão recorrido registrou que, nos termos da jurisprudência estabelecida naquela Corte, deve o DNIT responder pelo dano material advindo do acidente provocado por animal na pista. Por outro lado, da legislação invocada pela parte - arts. 80, 81 e 82 da Lei n. 10.233/2001, 20 da Lei n. 9.503/1997, 936 do Código Civil e 37 da Constituição Federal/1988 -, não é possível extrair, ictu oculi, a irresponsabilidade do recorrente pelo evento danoso. 3. Segundo o posicionamento desta Corte Superior, a União e o DNIT possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação reparatória proposta com fundamento na ocorrência de acidente automobilístico em rodovia federal. 4. Recurso especial a que se nega provimento, com majoração dos honorários advocatícios, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015". ..EMEN:(RESP 201602245720, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:08/02/2017 ..DTPB:.)

Por fim, em nada socorre o apelante a imputação de responsabilidade ao dono ou detentor do animal atropelado (art. 1.527 do CC/16; art. 936 da atual Lei Civil). Isso porque a responsabilidade do ente público somente poderia ser elidida caso comprovada a culpa exclusiva de terceiro, circunstância efetivamente não verificada na espécie, em que sequer foi apurada a sua identidade. De toda sorte, facultou-se ao demandado agir regressivamente em face de eventual responsável pelo animal.

Na mesma senda, destaco a seguinte decisão do C. STJ, em particular:

Em relação à suposta responsabilidade do dono do animal, como bem asseverou a Corte de origem, "tanto a pretensão de incluir no pólo passivo da ação o proprietário do animal (não identificado nos autos), cuja responsabilidade não foi suscitada na inicial, como a de invocar em defesa a culpa deste, para elidir responsabilidade objetiva imputável à autarquia, é descabida, sob pena de modificação do próprio fundamento da demanda.

Resta-lhe apenas a ação ordinária de regresso, com fundamento na actio judicati, para buscar o reembolso. Nem se cogite de culpa exclusiva de terceiro (no caso, o proprietário do animal) a excluir a responsabilidade do DNER. A causa do acidente foi o surgimento de um cavalo na pista, exsurgindo a obrigação de indenizar à autarquia de sua omissão, eis que permitiu acesso de animal à rodovia e não advertiu os motoristas da existência de perigo" (fl. 119).

(Recurso Especial nº 200200688151, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:02/08/2006 PG:00237)

Superado esse ponto, passo ao deslinde do mérito.

A Constituição Federal de 1988 adotou, em seu art. 37, § 6º, a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva da Administração Pública, na modalidade do risco administrativo, de sorte que o particular se encontra dispensado de comprovar o dolo ou a culpa dos agentes públicos a fim de obter a reparação do dano sofrido. Transcrevo:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Portanto, em se tratando de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, prescindindo a responsabilidade objetiva da comprovação de culpa do agente.

Assim leciona o Professor Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 32ª Edição, Editora RT, 2006, p. 654:

"Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor, pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins."

Particularmente na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ aponta ser o caso de responsabilidade subjetiva. Prevalece, assim, a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível a indenização se demonstrada a culpa ou o dolo.

Nesse sentido:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer; do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido." (Recurso extraordinário - RE 382054/RJ, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento 03/08/2004)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer; do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido."

(Recurso Extraordinário - RE 369820/RS, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento 04/11/2003)

A despeito do entendimento supra, tenho por despicenda, para fins de aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, a distinção entre atos comissivos e omissivos.

Na verdade, se após a análise da extensão do dever de agir e da real possibilidade de impedimento do resultado, concluir-se pela irrelevância da conduta omissiva, sequer emerge a responsabilidade do Estado. De outro lado, comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, a teor do precitado artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Essa solução, vale frisar, prima pela conveniência de homenagear o texto constitucional, o qual não aparta, para fins de aplicação da responsabilidade sem culpa, os casos em que o prejuízo advém de comportamento positivo dos agentes públicos das hipóteses em que o dano deflui de conduta negativa.

Esse, aliás, o escólio de Yussef Said Cahali (in Responsabilidade Civil do Estado, 2ª edição, ampliada, revista e atualizada, 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1996, p. 286), cuja lição reproduzo:

"Por outro lado, desde que exigível da Administração a execução da obra ou prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular; identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a idéia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido.

A questão, portanto, desloca-se para o âmbito da exigibilidade da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em se de exigibilidade da obra não executada ou do serviço não prestado.

Notoriamente elástico o conceito de exibilidade do ato estatal, no caso, a carga de subjetivismo que caracteriza a sua identificação é que terá induzido alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento 'culpa ou dolo'.

Na amplitude conceitual de conduta estatal exigível, embora se pretenda comportar as causas da obrigação 'à lei, ao contrato ou ato ilícito' (Toshio Mukai), mais adequadamente se permite identificar na causa da obrigação indenizatória o 'descumprimento de um dever jurídico estatal' (Celso Antônio Bandeira de Mello); aliás, a própria inexigibilidade da conduta administrativa pretendida, desqualificando a noção de 'dever jurídico', para transformá-la em obrigação convencionalmente natural, conceitualmente não exigível."

Ademais, cumpre destacar que o C. Supremo Tribunal Federal já aplicou a responsabilidade objetiva à hipótese de omissão do Estado. Confira-se:

*INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). (g.n.) - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109615/RJ - Rel. Min. Celso de Mello - DJ 02/08/96)*

RESPONSABILIDADE CIVIL - SERVIÇO PÚBLICO - FURTO - POSTO DE PESAGEM - VEÍCULO. A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, há responsabilidade civil de pessoa jurídica prestadora de serviço público em razão de dano decorrente de crime de furto praticado em posto de pesagem, considerada a omissão no dever de vigilância e falha na prestação e organização do serviço. (RE 598356, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

Desta última decisão, transcrevo o seguinte excerto do voto do Min. Marco Aurélio, *in verbis*:

A Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva do Estado, visando proteger o cidadão. A premissa encontra base na ideia de justiça social: a corda não deve arrebentar do lado mais fraco. O Estado, ou quem lhe faça o papel, é sujeito poderoso, contando com a primazia do uso da força, ao passo que o indivíduo situa-se em posição de subordinação. Os administrados não podem evitar ou sequer minimizar o perigo de dano proveniente da ação ou omissão do Estado. É o Poder Público quem dita os termos da própria presença no seio da coletividade e estabelece o teor e a intensidade do relacionamento com os membros do corpo social. As funções estatais dão ensejo à produção de danos mais acentuados que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares, tendo em vista a singularidade da posição jurídica do ente estatal (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 30. ed., 2012, p. 1013). Considerada a maior quantidade de poderes e prerrogativas, o Estado, que a todos representa, deve suportar o ônus das atividades desempenhadas (José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 28. ed., 2015, p. 574). Não há espaço para afastar a responsabilidade, independentemente de culpa, mesmo sob a óptica da omissão, ante o princípio da legalidade, presente a teoria do risco administrativo.

Insta consignar, entretanto, não exsurgir a responsabilidade civil (seja na modalidade objetiva, seja na subjetiva), se não estiver presente o necessário elo de ligação entre a conduta ou omissão imputada ao agente público e o dano sofrido pela vítima.

Assim, o exame do nexa causal deve preceder à análise da natureza da responsabilidade e, conseqüentemente, da necessidade ou não de se comprovar a culpa do agente estatal. Na mesma esteira ensina Sergio Cavalieri Filho (ob. cit., p. 46), in verbis:

"O nexa causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil a ser examinado. Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática enseja algumas perplexidades. A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado."

No que concerne à omissão, entretanto, a noção estrita de causa, concebida como nexa físico entre conduta e resultado (visão mecanicista), não tem aplicação, porquanto a abstenção não tem o condão de engendrar alterações no mundo fenomênico, a priori.

Por outro lado, existindo dever de agir imposto por lei, a conduta omissiva ganha relevância na cadeia fática, podendo gerar efeitos jurídicos diretos e imediatos, consistentes na obrigação de indenizar. Dessarte, sob o prisma lógico-jurídico, poder-se-ia falar em nexa de causalidade normativo.

Na mesma senda, os seguintes precedentes das Cortes Regionais:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA SOFRIDA POR PASSAGEIRA NA SALA DE EMBARQUE DO AEROPORTO DE BRASÍLIA. ATENDIMENTO MÉDICO SUBSEQÜENTE. ALEGADA DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, DESDE O INGRESSO DA PASSAGEIRA NA SALA DE EMBARQUE ATÉ O TRATAMENTO MÉDICO NO HOSPITAL DAS FORÇAS ARMADAS. DANO DECORRENTE DE OMISSÃO. CAUSALIDADE NORMATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA. 1. Alega-se que as filhas da Autora não puderam acompanhá-la até a sala de embarque do Aeroporto de Brasília, local em que, desassistida, sofrera uma queda, não tendo recebido em seguida o devido socorro. Atribui-se, por isso, à INFRAERO e à TAM - Serviços Aéreos Regionais omissão na prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros. 2. Só é causal a omissão quando haja o dever de impedir o resultado (causalidade normativa). Esse dever de impedir o evento danoso tem origem: a) em um mandamento expresso ou tácito da ordem jurídica (Constituição, lei, norma infralegal ou direito costumeiro, que imponham obrigação de cuidado, proteção ou vigilância); b) na submissão particular do agente a essa espécie de obrigação (contrato ou posição de garante); c) em comportamento anterior que crie o risco de ocorrência do resultado. 3. Na sentença, foi colocado em evidência que o "Manual do Usuário do Transporte Aéreo", trazido aos autos pela própria Autora, estabelece que "passageiros com problemas de saúde devem solicitar à empresa aérea, de forma antecipada, o atendimento especial durante toda a viagem. A solicitação deve ser acompanhada de informações sobre a necessidade do uso de macas, cadeiras de rodas, ambulância etc". 4. Essa providência não foi tomada e a própria Autora diz, em seu depoimento, que "anda normalmente, não tem quaisquer problemas de desequilíbrio". Não havia, pois, obrigação especial, particularmente da INFRAERO, de acompanhamento da Autora. 5. No mais, não ficou provada ausência de assistência normal, que se dá a todos os passageiros, até o momento em que aconteceu o acidente. Da mesma forma, em seguida ao evento, foi dado atendimento compatível com as circunstâncias ou, no mínimo, não está demonstrado que o atendimento tenha sido inferior à média que se espera em tais situações. 6. Negado provimento à apelação.(AC 199834000284447, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, 29/10/2009)

PROCESSUAL PENAL E PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - CRIME AMBIENTAL - ART. 54, §2º, II, da LEI N° 9.605/98 C/C OS ARTIGOS 13, § 2º, "A" E 29, DO CÓDIGO PENAL - DENÚNCIA COM RELAÇÃO À AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO NÃO RECEBIDA - AUSÊNCIA DE PROVA DE ELEMENTOS SUFICIENTES DE AUTORIA. I - A Agência Nacional do Petróleo - ANP foi denunciada, pois segundo narra a denúncia, a autarquia não observou o dever legal de fiscalizar satisfatoriamente a base petrolífera Vila Carioca da Shell do Brasil a fim de evitar o dano ambiental (crime omissivo impróprio). II - A ANP tem o dever legal de fiscalizar diretamente, ou por meio de convênios, as atividades da indústria de petróleo. III - A fim de que a ANP seja responsabilizada na esfera penal por omissão deve estar comprovado que havia a possibilidade de agir para evitar o resultado, assim como deve haver um nexo de causalidade normativa entre o fato e a omissão. IV - Embora a ANP tivesse ciência de que tinha o dever de agir, não há nos autos nenhum elemento de prova demonstrando que a ANP tivesse conhecimento da situação fática. V - Os empregados da empresa contratada pela ANP para a realização da fiscalização, estão sendo acusados de terem elaborado relatório atestando a total regularidade da base da Vila Carioca, quando esta não a era real situação fática. Diante deste relatório, a ANP não tinha como ter o conhecimento de que era necessário tomar atitudes para impedir o resultado danoso. VI - Em razão da inexistência de prova do dolo abrangente, e, por conseguinte de indícios da relevância penal da omissão da ANP, conclui-se pela sua atipicidade. VII - A responsabilização penal nesta hipótese seria objetiva, o que é inadmissível no Direito Penal. VIII - Recurso a que se nega provimento(RSE 200461810037379, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 08/04/2010)

Feitas essas considerações, passo ao deslinde da controvérsia.

Da análise dos elementos de prova produzidos nos autos, em especial do boletim de ocorrência e dos depoimentos testemunhais, não remanescem dúvidas acerca da causa imediata do acidente, a saber, colisão do veículo com cachorro que circulava indevidamente na pista de rolamento.

Ora, conforme explanado no exame da preliminar, incumbe ao DNIT zelar pela manutenção, conservação e fiscalização das rodovias federais, do que deflui sua responsabilidade em impedir o ingresso de animais na pista - mediante cercamento adequado ou qualquer outra medida de igual eficácia -, bem assim em prover a sinalização adequada, sob pena de se transferir integralmente à vítima o ônus de suportar acidentes dessa natureza.

Por outro lado, o fato de a pista revelar boas condições de conservação não isenta o réu, porquanto a causa do acidente não decorreu de alterações no capeamento asfáltico, mas sim do atropelamento de animal.

Ademais, as alegações referentes à velocidade empreendida pela vítima e à sua condição físico-psicológica por ocasião do acidente não encontram arrimo na prova produzida nos autos. Não é demais lembrar que, a teor do art. 373, inciso II, do CPC, incumbe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Consequentemente, afirmada a responsabilidade do réu pelo acidente automobilístico – e, consequentemente, pelos danos materiais daí decorrentes -, impõe-se a sua condenação ao ressarcimento do valor despendido pela seguradora, ex vi do art. 786 do Código Civil.

No mesmo sentido, destaco precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. DNIT. AÇÃO REGRESSIVA. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pelo DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 19/3/2019 que deu provimento à apelação interposta pela autora ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A.

2. É evidente a negligência do DNIT quanto aos encargos que lhe são impostos pela Lei nº 10.233/2001, em especial, os deveres de conservação, fiscalização e sinalização de advertência de rodovia federal (existência de animais). A orientação atual do STJ é no sentido de que a responsabilidade objetiva do DNIT também abarca os atos omissivos do poder público. Ausente qualquer indício de culpa atribuível ao condutor do veículo acidentado, bem como de negligência da Polícia Rodoviária Federal.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003880-93.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 07/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REGRESSO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LEGITIMIDADE DO DNIT. ANIMAL NA PISTA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à ação de regresso, proposta por Itaú Seguros de Auto e Residência S/A perante o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em razão de indenização por danos materiais pagos pela autora para seu segurado, em decorrência de acidente de trânsito resultante de colisão com animal na pista.

2. Inicialmente, cumpre observar que a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do DNIT não merece prosperar. Preconiza o artigo 82, inciso I, da Lei 10.233/01: Art. 82. São atribuições do DNIT, em sua esfera de atuação: I - estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacional, sinalização, manutenção ou conservação, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações;

3. Nesse sentido, com a extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagens - DNER, o DNIT passou a ser responsável pela manutenção, conservação e fiscalização das rodovias federais, sendo parte legítima para figurar nas ações de reparação civil ajuizadas após o término do processo de inventariança ocorrido em 08/08/2003.

4. Precedente: AgRg no AREsp 40.972/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 23/08/2012

5. O mérito da discussão recai sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, de modo que se fazem pertinentes algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais. São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

6. No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando-se que se comprove o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Está consagrada na norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

7. Entretanto, nos casos em que verificados danos por omissão, só deve ser responsabilizado o Estado quando, embora obrigado a impedir o dano, descumpra o seu dever legal. Em outros termos, nos atos omissivos, só há responsabilidade quando decorrente de ato ilícito.

8. No caso dos autos, não existindo conduta comissiva de agente público, a responsabilidade do Estado é subjetiva, fazendo-se necessária a comprovação de culpa in vigilando do DNIT.

9. O dever fiscalizatório da autarquia federal se funda na norma do artigo 82 da Lei 10.233/01, e a culpa do réu, na modalidade negligência, restou comprovada uma vez que os acidentes decorreram de colisão com semovente, em rodovia federal onde não havia sinalização que pudesse alertar os motoristas sobre a possibilidade de presença de animais na pista. Portanto, entende-se configurada a omissão da autarquia federal que não cumpriu sua obrigação de zelar pelas condições elementares de segurança de tráfego no local.

9. O evento danoso é claro e se encontra comprovado pelo boletim de acidente da Polícia Rodoviária Federal. O nexo causal, por sua vez, consubstancia-se na simples presença de animais na pista, o que provocou o acidente em tela.

10. O dano material foi comprovado pelos documentos juntados às fls. 54/55 e 57/58, e o pagamento ao segurado demonstrado às fls. 60/61 e 63/65.

11. Destarte, como bem asseverou o Juiz sentenciante, é nítido o dever da autarquia federal em indenizar a parte autora no valor por ela dispendido, nos termos da Súmula 188 do STF: Súmula 188 STF: O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.

12. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5019480-57.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 23/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/03/2019)

Com relação aos consectários legais, assiste parcial razão ao apelante.

No julgamento do RE nº 870.947 -SE (Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20/09/2017), recurso submetido à sistemática da repercussão geral, o C. Supremo Tribunal Federal assim sedimentou a questão, in verbis:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Vale destacar que, em julgamento realizado em 03/10/2019, foram rejeitados os embargos de declaração opostos em face dessa decisão, ocasião em que se rechaçou o pedido de modulação de efeitos.

Nesse passo, partindo das premissas fixadas no julgamento supra, revela-se irreparável a sentença no tocante à correção monetária, na medida em que os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal são compatíveis com a tese firmada.

Em relação aos juros de mora, todavia, a solução é distinta, impondo-se a reforma da decisão recorrida para que sejam observados os termos do 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de julho de 2009.

À míngua de impugnação, honorários mantidos nos termos da sentença.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação, tão somente para alterar os parâmetros de incidência dos juros de mora.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACIDENTE DE VEÍCULO - ANIMAL NA PISTA – DNIT - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CONDUTA OMISSIVA - ART. 37, § 6º, DA CF - APLICABILIDADE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANOS MATERIAIS - SEGURADORA - DIREITO DE REGRESSO – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA – RESSARCIMENTO DEVIDO - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Incumbe ao DNIT tomar todas as medidas necessárias para prevenir acidentes e assegurar a segurança dos usuários (art. 82 da Lei nº 10.233/01), do que deflui sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. A imputação de responsabilidade ao dono ou detentor do animal atingido (art. 1.527 do CC/16; art. 936 da atual Lei Civil), cuja identidade sequer foi apurada, não altera esse quando, na medida em que a responsabilidade do ente público somente poderia ser elidida caso comprovada a culpa exclusiva do terceiro.
2. Na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ adota a responsabilidade subjetiva, de sorte a reclamar a presença de culpa ou dolo do agente público para a configuração do dever de indenizar. Contudo, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional.
3. *In casu*, não remanescem dúvidas de que o acidente decorreu da colisão do veículo com animal que, indevidamente, havia ingressado na pista de rolamento.
4. Nos exercício de suas atribuições legais, compete ao DNIT impedir o ingresso de animal na pista - mediante cercamento adequado ou qualquer outra medida de igual eficácia -, bem assim prover a sinalização adequada, sob pena de transferir integralmente à vítima o ônus de suportar acidentes dessa natureza.
5. Não houve demonstração, no caso concreto, de culpa concorrente ou exclusiva do condutor do veículo, ônus que incumbia ao réu, *ex vi* do art. 373, II, do CPC.
6. Afirmada a responsabilidade do réu pelo acidente automobilístico – e, conseqüentemente, pelos danos materiais daí decorrentes -, impõe-se sua condenação ao ressarcimento do valor despendido pela seguradora, na esteira do art. 786 do Código Civil.
7. Sentença parcialmente reformada, tão somente para adequar o capítulo relativo aos consectários legais ao quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE 870.947, recurso submetido à sistemática da repercussão geral.
8. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0046288-40.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: ARICABOS - INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 784/996

Advogados do(a) APELANTE: VAGNER APARECIDO ALBERTO - SP91094-A, CAIO BARROSO ALBERTO - SP246391-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0046288-40.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: ARICABOS - INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: VAGNER APARECIDO ALBERTO - SP91094-A, CAIO BARROSO ALBERTO - SP246391-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos à execução opostos por Aricabos Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda, contra execução fiscal movida pela União Federal.

Valor da causa: R\$ 10.000,00 (14/09/2015).

A sentença, proferida em 13/04/2018, julgou improcedentes os Embargos, nos termos do art. 487, I do CPC. Honorários advocatícios não fixados, pois já acrescidos no valor da dívida o encargo previsto no decreto-lei 1025/69.

Em apelação a Embargante pugnou pela reforma da sentença. Sustentou a nulidade da CDA, por ausência de homologação dos lançamentos, inexigibilidade da multa por falta de lançamento, e do acréscimo de juros cumulados com a correção monetária, bem como da aplicação da Taxa Selic por sua inconstitucionalidade .

Com contrarrazões, os autos foram remetidos este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0046288-40.2015.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: ARICABOS - INDUSTRIA, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: VAGNER APARECIDO ALBERTO - SP91094-A, CAIO BARROSO ALBERTO - SP246391-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No que se refere à infringência ao princípio da ampla defesa, é desnecessária a deflagração do contencioso administrativo, pois não há lançamento de ofício pela administração tributária, ou seja, o próprio contribuinte declara a existência do fato gerador, não havendo necessidade de posterior intimação para ele se defender daquilo que ele próprio declara.

O tributo discutido nos autos – Lucro Presumido - submete-se a lançamento por homologação, no qual a declaração do contribuinte constitui confissão de dívida e supre a necessidade da constituição formal do crédito tributário, tornando-os exigíveis independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 962.379, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido de considerar constituído o crédito tributário mediante a declaração do contribuinte, tornando desnecessário o lançamento. Eis a ementa do julgado referido:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E PAGO COM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 360/STJ.

1. Nos termos da Súmula 360/STJ, "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo". É que a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco. Se o crédito foi assim previamente declarado e constituído pelo contribuinte, não se configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN) o seu posterior recolhimento fora do prazo estabelecido.

2. Recurso especial desprovido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(STJ, REsp 962379/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008)

Em seguida, a Corte Especial editou o enunciado sumular nº 436, ratificando o posicionamento adotado, in verbis:

"A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

Nesse sentido julgados do STJ e desta Corte:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TRIBUNAL A QUO ASSENTOU A TEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. ALÍNEA "C". ANÁLISE PREJUDICADA. 1. Em relação à tempestividade da Apelação, o acórdão recorrido consignou: "A apelada sustenta, em suas contrarrazões, que o recurso interposto é intempestivo. Segundo o artigo 20 da Lei nº 11.033, de 2004, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito será intimado pessoalmente, mediante a entrega dos autos com vista, medida somente concretizada em 04-09-2015 (fl. 78), iniciando-se a contagem do prazo no dia 08-09-2015. Como o recurso foi interposto em 25-09-2015, é tempestivo" (fl. 114, e-STJ). 2. In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, para afastar a tempestividade da Apelação, demanda revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, à luz do óbice contido na Súmula 7/STJ. 3. Quanto à prescrição, o Tribunal a quo asseverou: "Os créditos executados foram constituídos através de declaração de rendimentos entregue em 27-05-2005 consoante os documentos anexados aos autos pelo exequente (fls. 73-75). Vale ressaltar que, segundo a Súmula nº 436, do STJ, 'a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco'. Tendo em vista que a citação do executado foi ordenada em 11-05-2010 (fl. 20), não há falar em prescrição, pois a causa interruptiva do curso do prazo, prevista no artigo 174, parágrafo único, I, do CTN, verificou-se antes de decorridos cinco anos da constituição do crédito. Nesse sentido: (...) Impõe-se, por conseguinte, a reforma da sentença do juízo de 1º grau, a fim de que seja dado prosseguimento à execução fiscal." (fls. 114-115, e-STJ). 4. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de que "o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da ação executiva relativa aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação tem início com a constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre com a entrega da respectiva declaração pelo contribuinte, identificando o valor a ser recolhido, ou o do vencimento do tributo, o que for posterior" (REsp 1.651.585/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/3/2017, DJe 19/4/2017). 5. Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional. 6. Recurso Especial não provido. ..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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator."

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 1739152 2018.00.96963-0, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:23/11/2018 ..DTPB:.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. CRÉDITO CONSTITUÍDO COM ENTREGA DA DECLARAÇÃO, SENDO IRREVELANTE A DATA DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. RECURSO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, definiu que "a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando, para isso, qualquer outra providência por parte do Fisco" (REsp 962.379/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008). Também é nesse sentido o enunciado da Súmula nº 436 do referido tribunal: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco". 2. A "inscrição em dívida ativa, por configurar apenas ato administrativo e instrumental necessário à provocação do Poder Judiciário, em nada influi na relação jurídica tributária de direito material" (AgRg no REsp 1292654/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, REPDJe 20/10/2015, DJe 13/10/2015). 3. A decisão agravada teve por decidos os créditos nos períodos relativos a fevereiro, junho e agosto de 2008, contudo houve a declaração em outubro de 2011, de sorte que inexistente a decadência. Exceção de pré-executividade rejeitada, afastando os honorários advocatícios. 4. Recurso provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 586924 0015526-26.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. A DECLARAÇÃO ELIDE A NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO FORMAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DO BENEFÍCIO DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO SE APLICA AO CASO. ENCARGO DE 20% DO DL N° 1.025/1969 SUBSTITUI NOS EMBARGOS A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ("BIS IN IDEM"). RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Na hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a entrega da declaração, pelo contribuinte, constitui definitivamente o crédito tributário informado, fazendo iniciar o prazo prescricional a partir do vencimento da exação, em consonância com a Súmula n° 436, do STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco". 2 - Quanto à alegação de que a constituição do crédito tributário com base em declaração do contribuinte equivale a "denúncia espontânea", cabe esclarecer que tal instituto, em síntese, se aplica aos casos em que o contribuinte declara e recolhe o tributo, mas, de modo espontâneo e voluntário, antes de qualquer fiscalização fazendária, paga a diferença integral. Neste caso, a confissão realizada pelo contribuinte deve vir acompanhada do imediato pagamento do tributo, acrescido de juros e correção monetária, o que não é a hipótese dos autos. 3 - Sobre os consectários, anota-se que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange atualização monetária, juros e multa e demais encargos previstos em lei, conforme disposto no § 2º, do art. 2º, da Lei n° 6.830/1980. Os acréscimos legais são devidos e se integram no principal, consubstanciando o crédito fiscal, tendo cada um finalidade específica: a multa penaliza pela impontualidade, os juros moratórios compensam o credor pelo atraso no adimplemento da obrigação e a correção monetária restabelece o valor corroído pela inflação. Com relação à multa moratória, verifica-se que foi aplicada no percentual de 20%, conforme cópias das CDA's acostadas aos autos, de modo que a sua cobrança nesse percentual tem previsão na Lei n° 9.430/1996, art. 61, §§ 1º e 2º. Assim, não cabe ao Judiciário sua redução ou exclusão, sob pena de ofensa direta à lei. 4 - Tendo em vista a incidência do encargo do Decreto-Lei n° 1.025/1969, deve ser afastada a condenação do devedor em honorários advocatícios, posto que tal verba é substituída pelo encargo de 20% previsto na certidão de dívida ativa, para que não haja "bis in idem". 5 - Recurso de apelação parcialmente provido. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2302479 0012410-17.2018.4.03.9999, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Constata-se a correta formalização da CDA porquanto devidamente fundamentada pela presença dos requisitos do art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei nº 6.830/80, inexistentes omissões capazes de prejudicar a defesa do executado.

Neste contexto, cumpre ressaltar que alegações genéricas, desprovidas de fundamentação não são hábeis a ilidir a presunção relativa de liquidez e certeza da Certidão da Dívida Ativa ou de inverter o ônus da prova. Vale dizer, não cabe ao exequente reforçar a legitimidade de seu crédito, pois a presunção somente pode ser afastada por prova inequívoca a cargo do executado ou terceiro a quem aproveite.

A propósito do tema são os precedentes do STJ:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS. DÍVIDA ATIVA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. INATIVIDADE EMPRESA. CADASTRO DA RECEITA FEDERAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Exceção de Pré-Executividade proposta pela parte recorrida para reconhecer a inexigibilidade de Certidões de Dívida Ativa que integram Ação de Execução Fiscal proposta pela parte recorrente.

2. A sentença reconheceu a decadência do direito à constituição do crédito tributário, o que foi mantido pelo Tribunal de origem.

3. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 973.733/SC, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que a decadência para a constituição de tributo sujeito a lançamento por homologação deve ser contada na forma do art. 173, I, do CTN (do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), para os casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado ou quando, existindo tal previsão legal, o recolhimento não é realizado. A propósito: REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/8/2009, DJe 18/9/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1.264.479/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/8/2016; AgRg no REsp 1.501.873/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/4/2015.

4. Considerando que a decadência é matéria de ordem pública que pode ser apreciada em qualquer grau de jurisdição, entendemos por afastá-la considerando que a Ação de Execução Fiscal foi ajuizada em 21/10/2010 e o crédito tributário constituído definitivamente em 24/01/2008, como bem descrito no Acórdão recorrido.

5. Há de se prestigiar o princípio da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos em matéria tributária, cuja inscrição do crédito tributário em dívida ativa goza da presunção de certeza e liquidez (art. 3º da Lei 6.830/1980). A propósito: REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/4/2009, DJe 4/5/2009; AgInt no AREsp 987.568/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/11/2017, DJe 10/11/2017; AgInt no REsp 1.577.637/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016; REsp 1.144.607/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/4/2010, DJe 29/4/2010.

6. Ademais, a jurisprudência do STJ firmou, no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos, o entendimento segundo o qual a Exceção de Pré-Executividade constitui meio legítimo para discutir questões que possam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras, desde que desnecessária a dilação probatória.

7. Quanto à declaração da nulidade da CDA, não é cabível tal instrumento processual quando, para a verificação da liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA é preciso revolver o acervo fático-jurídico dos autos. Nesses termos: REsp 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25/3/2009, DJe 1/4/2009; AgRg no AREsp 449.834/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 14/9/2015; AgRg no Ag 1.199.147/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/6/2010, DJe 30/6/2010.

8. Deve o sujeito passivo da obrigação tributária, a fim de elidir a presunção de legitimidade da CDA, demonstrar com provas idôneas e inequívocas a não ocorrência do fato gerador do tributo, mostrando-se insuficiente a mera declaração realizada perante a Administração Fazendária de outro ente federativo.

9. Ou seja, a simples alegação do contribuinte de que a empresa não mais se encontrava em atividade, com base em informações repassadas pelo contribuinte à Receita Federal, não é prova suficiente para afastar a atuação do fisco estadual em relação à apuração da ocorrência de fatos geradores que repercutam na sua competência tributária.

10. Recurso Especial provido.

(REsp 1734072/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 23/11/2018) (grifó nosso)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRECEDENTE DA SEÇÃO: RESP 1.111.234/PR, REL. MIN. ELIANA CALMON, DJe 8.10.2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973. SÚMULA 424/STJ. AGRAVO INTERNO DO BANCO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte firmou o entendimento, em sede de Recurso Especial Repetitivo, que a lista de serviços anexa do Decreto-Lei 406/1968 (com a redação dada pela LC 56/1987), que estabelece quais serviços sofrem a incidência do ISS, comporta interpretação extensiva, para abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedente: REsp. 1.111.234/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, 1a. Seção, DJe 8.10.2009.

2. Entendimento pacificado através da Súmula 424/STJ que: É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL 406/1968 e à LC 56/1987.

3. Ademais, de acordo com a orientação consolidada nesta Corte Superior, a dívida ativa regularmente inscrita é dotada de presunção juris tantum de certeza e liquidez, só podendo ser afastada por prova inequívoca, a teor do disposto no art. 3o. da Lei de Execuções Fiscais. Precedentes: AgRg no REsp. 1.283.570/AL, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 29.9.2016; AgInt no REsp. 1.580.219/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12.9.2016.

4. Agravo Interno do Banco desprovido.

(AgInt no AREsp 430.610/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 05/10/2017) (grifó nosso)

A multa moratória tem natureza jurídica de sanção administrativa, sendo devida em razão do não pagamento do tributo na data estipulada pela legislação fiscal. Deve ser calculada de acordo com o valor do tributo devido, acrescida de correção monetária.

Neste sentido, pacificou-se a jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, em sua Súmula 45, "verbis":

"As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."

Os juros de mora têm, por um lado, o escopo de remunerar o capital indevidamente retido pelo devedor e, por outro, inibir a procrastinação do litígio porquanto representam um acréscimo mensal ao valor originário do débito, corrigido monetariamente, calculados a partir do vencimento da obrigação, e em razão do inadimplemento dessa.

A exigibilidade da taxa SELIC já está sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos assim assentados:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

...

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (Precedentes: (...)) 3. Raciocínio diverso importaria tratamento anti-isonômico, porquanto a Fazenda restaria obrigada a reembolsar os contribuintes por esta taxa SELIC, ao passo que, no desembolso, os cidadãos exonerar-se-iam desse critério, gerando desequilíbrio nas receitas fazendárias. (...)

...

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 879844/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 25/11/2009)

Nesse sentido, a incidência da SELIC, conforme regulado na legislação específica, se dá de forma exclusiva sobre o valor do tributo devido expresso em reais, ou seja, sem aplicação concomitante de outro índice de correção monetária ou juros. Na hipótese dos autos, não foi aplicado juros de mora de forma cumulada com a taxa Selic, conforme se depreende das CDAs de fls. (ID 35132062 - fls. 23/32, ID 35132064 – fls. 33/42, ID 35132066 fls. 43/52, ID 35132069 fls. 53/62, ID 35132071 – fls. 63/72, ID 35132073 – fls. 73/, ID 35132074 – fls. 83/92, ID 35132075 fls. 93/102, ID 35132076 fls. 103/112, ID 35132077 fls. 113/122, ID 35132078 fls. 123/132, ID 35132079 fls. 133/142, ID 35132080 fls. 143/152, ID 35132081 fls. 153/162, ID 35132082 fls. 163/172, ID 35132083 fls. 173/182, ID 35132084 fls. 183/188.

Comefeito, a correção monetária não consiste em penalidade, acréscimo ou majoração do principal, mas sim no instrumento jurídico e econômico utilizado para manter o valor da moeda ante a inflação existente no país. Desta forma, a correção monetária deve incidir a partir do vencimento da obrigação.

Ante o exposto, nego provimento à Apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO. NULIDADE CDA AFASTADA- ACESSÓRIOS DA DÍVIDA- APLICABILIDADE - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. No que se refere à infringência ao princípio da ampla defesa, é desnecessária a deflagração do contencioso administrativo, pois não há lançamento de ofício pela administração tributária, ou seja, o próprio contribuinte declara a existência do fato gerador, não havendo necessidade de posterior intimação para ele se defender daquilo que ele próprio declara.

2. CDA formalmente correta e devidamente fundamentada, contendo os requisitos do art. 2º, §§ 5º e 6º da Lei n.º 6.830/80, não havendo omissões que possam prejudicar a defesa do executado.

3. Os juros de mora têm, por um lado, o escopo de remunerar o capital indevidamente retido pelo devedor e, por outro, inibir a procrastinação do litígio porquanto representam um acréscimo mensal ao valor originário do débito, corrigido monetariamente, calculados a partir do vencimento da obrigação, e em razão do inadimplemento dessa.

4. Multa fiscal deve ser calculada de acordo com o valor do tributo devido, acrescida de correção monetária.

5. a correção monetária não consiste em penalidade, acréscimo ou majoração do principal, mas sim no instrumento jurídico e econômico utilizado para manter o valor da moeda ante a inflação existente no país. Desta forma, a correção monetária deve incidir a partir do vencimento da obrigação.

6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032895-40.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: GEISA MITSUE MIZUNO GUIMARAES, RUBSON GUIMARAES FILHO
Advogado do(a) AGRAVADO: CLELIA SHIZUMI SAITO - SP167662
Advogado do(a) AGRAVADO: CLELIA SHIZUMI SAITO - SP167662

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.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032540-30.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CECÍLIA MARCONDES

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: JOBTOTAL COMERCIO DE BEBIDAS EIRELI - EPP

Advogado do(a) AGRAVADO: MAURICIO BOJIKIAN CIOLA - SP223490-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **UNIÃO**, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que deferiu parcialmente o pedido de liminar, formulado nos autos de mandado de segurança impetrado por **JOBTOTAL COMÉRCIO DE BEBIDAS EIRELI-EPP** contra ato do **CHEFE DO SERVIÇO DE VIGILÂNCIA AGROPECUÁRIA NO PORTO DE SANTOS**, para o fim de determinar *“a apreciação da LI nº 19/3777523-7 quanto à carga dele objeto independentemente do cumprimento da exigência objeto da NFA nº 00049344.1/2019/TO/VIGI-SNT e assegurar a dissociação da mercadoria objeto das Licenças de Importação mencionadas na inicial para fins de despacho e desembaraço aduaneiro, caso não haja óbice de outra natureza.”*

A agravante sustenta, em resumo, que a decisão objurgada merece reforma, haja vista que “o trânsito internacional de embalagens de madeira é regulado pela Norma Internacional de Medidas Fitossanitárias (NIMF) nº 15, editada pela Secretaria da Convenção Internacional para Proteção de Vegetais (CIPV), da qual o Brasil é país signatário, tendo-a internalizado em sua íntegra, através da publicação do Decreto nº 5.759, de 17.04.2006.” Tal normativo estabelece as diretrizes que devem ser observadas pelos países signatários no trânsito internacional de embalagens de madeira e serviu de base para a IN 32/2015, que determina que as mercadorias e as embalagens e suportes de madeira devem receber tratamento quarentenário e ser devolvidas ao exterior como medida fitossanitária estabelecida pelo Brasil.

Diz, ainda, que no ato de fiscalização da mercadoria importada pela agravada verificou-se que parte das embalagens ou suportes de madeira não contém a marca IPPC, que corresponde às iniciais de *International Plant Protection Convention* (CIPV em inglês) e, portanto, estavam em desacordo com os parâmetros previstos na legislação vigente, sendo que, em casos tais, há permissão para segregação do material de madeira bruta não conforme das cargas acondicionadas, procedendo-se à devolução deste ao país de origem, conforme dispõe o artigo 33, da IN 32/2015.

Afirma, também, inexistir óbice para que a agravada inicie o procedimento de devolução do material “não conforme” ao exterior. Sustenta inexistir ilegalidade no ato da autoridade apontada como coatora e, assim, propugna pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento deste recurso.

É o necessário. **Decido.**

Em análise inicial acerca da questão, adequada a esta fase de cognição sumária, entendo não haver plausibilidade nas razões expendidas pela agravante.

O compulsar dos autos revela que das sete licenças de importação, seis já foram desembaraçadas, restando, apenas, a LI nº 19/3777523-7, por ter sido constatado que 2 (dois) *pallets* de madeira, que guarnecem a mercadoria importada (caixas de vinho), não contém o carimbo do tratamento fitossanitário, necessário a atestar o afastamento do risco de introdução e disseminação de pragas durante o trânsito para introdução do produto no país, resultando na Notificação Fiscal Agropecuária nº 00049344.1/2019/TO/VIGI-SNT com exigência de devolução das embalagens desconformes ao exterior como condição para a liberação da mercadoria, nos termos do artigo a IN-MAPA nº 32/15.

Em que pese a condicionante para liberação da mercadoria importada à devolução das embalagens desconformes ao país de origem, contida nos artigos 33 e 34, inciso II, da IN-MAPA nº 32/15, a Lei nº 12.715/2012, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.097/2015, de 19/01/2015, prevê em seu artigo 46, § 3º, a possibilidade de destruição das embalagens e das unidades de acondicionamento para transporte, cuja importação não tenha sido autorizada por ausência de conformidade, *in verbis*:

Art. 46. O importador de mercadoria estrangeira cuja importação não seja autorizada por órgão anuente com fundamento na legislação relativa a saúde, metrologia, segurança pública, proteção ao meio ambiente, controles sanitários, fitossanitários e zoossanitários fica obrigado a devolver a mercadoria ao exterior; no prazo de até 30 (trinta) dias da ciência da não autorização.

(...)

§ 3º As embalagens e as unidades de suporte ou de acondicionamento para transporte que se enquadrem na tipificação de não autorização de importação prevista no caput estão sujeitas à devolução ou à destruição de que trata este artigo, estejam ou não acompanhando mercadorias e independentemente da situação e do tratamento dispensado a essas mercadorias.”

Como bem ponderou o e. juízo *a quo*, igual possibilidade está prevista na “NIMPF nº 15 (Norma Internacional de Medidas Fitossanitárias), editada pela Secretaria da Convenção Internacional para Proteção dos Vegetais (CIPV), da qual o Brasil é país signatário (Decreto nº 5.759/06), tem por escopo descrever medidas fitossanitárias que reduzem o risco da introdução e disseminação de pragas quarentenárias associadas com o movimento no comércio internacional de material de embalagem de madeira bruta.

Referido ato contém no Apêndice 1 exemplos de medidas de descarte seguro para material de embalagem de madeira com não conformidade, prevendo, entre outros, a incineração, o processamento e o retorno ao país.”

Nessa toada, conquanto a IN-MAPA nº 32/15 preveja a necessidade de adoção das diretrizes da Norma Internacional para Medidas Fitossanitárias nº 15, e assim possibilite a desvinculação dos produtos importados de suas embalagens em desconformidade, estabeleceu como condição para liberação da carga unicamente a devolução das embalagens desconformes ao país de origem, quando a lei prevê a possibilidade de destruição das embalagens.

Entendo, pois, consideradas as peculiaridades do caso concreto, que a decisão objurgada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **inde firo** o pedido de efeito suspensivo.

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, II, do CPC.

Após, abra-se vista ao MPF.

Intimem-se.

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032497-93.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CST - CIA. DE SOLUCOES TRIBUTARIAS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA - SP215430-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CST – CIA DE SOLUÇÕES TRIBUTÁRIAS LTDA. em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar, vez que a agravante vem se sujeitando há muitos anos ao recolhimento das contribuições em discussão, o que afasta o risco de ineficácia da decisão que exija uma tutela imediata.

Alega a agravante, em síntese, que o Supremo Tribunal Federal, analisando o Recurso Extraordinário RE nº 574.706, decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Assim, plenamente, admissível a aplicação do raciocínio exposto para exclusão do ICMS ao caso dos autos em que se almeja a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Requer a antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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.

Na hipótese, discute-se a exclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

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.

E, ao contrário da decisão atacada, verifico a presença do *periculum in mora*, eis que a agravante corre o risco de cobrança indevida, inclusive com a inscrição de valores em dívida ativa. Além disso, poderá ainda se submeter à estreita e demorada via da repetição do indébito.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, bem como o *periculum in mora*, a r. decisão deve ser reformada.

Ante o exposto, **de firo a concessão da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Civil. Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE (12084) Nº 5030377-77.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

REQUERENTE: VIGOR ALIMENTOS S.A

Advogados do(a) REQUERENTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, TIAGO DE OLIVEIRA BRASILEIRO - MG85170-A

REQUERIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de tutela provisória de urgência ajuizado por VIGOR ALIMENTOS S.A.

Alega a requerente, em síntese, que, há grande probabilidade de provimento do recurso de apelação por ela interposto nos autos do MS n. 5021030-87.2018.4.03.6100 vez que a sentença proferida baseou-se em premissas que não guardam estreita relação com a situação fática experimentada pela requerente. Aduz inexistirem ações judiciais discutindo o direito creditório relativo aos pedidos de ressarcimento e compensação indicados na inicial do referido *mandamus*, pelo que inaplicável àquele caso o art. 59 da IN RFB n. 1717/2017. Argumenta que novos pedidos de ressarcimento e compensação foram indeferidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e que a situação de tais créditos é idêntica a dos informados no MS 5021030-87.2018.4.03.6100. Pede, de plano, seja deferida a tutela para suspender a exigibilidade dos débitos oriundos dos processos administrativos n. 10640.725.827/2019-66; 10880.742.144/2019-41; 10880.742.491/2019-73; 10880.742.494/2019-15; 10880.742.575/2019-15; 10880.742.603/2019-96; 18088.720.151/2019-49; 10880-743.793/2019-69; 10480.730.692/2019-31; 10480.730.757/2019-48; 11080.734.248/2019-60; 11080.735.092/2019-34; 10980.729.253/2019-44; 10980.729.341/2019-46; 18470.732.094/2019-27; 18470.732.241/2019-69; 13603.729.718/2019-52; 13603.729.791/2019-24; 10580.726.634/2019-84; 10580.726.709/2019-27; 10380.731.193/2019-99; 10380.731.307/2019-09; 10675.724.551/2019-00; 10675.724.694/2019-11; 10983.730.135/2019-59; 10950.731.131/2019-75; 10825.723.395/2019-91; 10830.727.591/2019-65; 10665.731.106/2019-15; 10882.723.664/2019-34, visto que são resultado dos indeferimentos indevidos dos pedidos de compensação, bem como sejam anulados os Despachos Decisórios de indeferimento sumário expedidos em relação aos pedidos de ressarcimento.

É o relatório.

Decido.

O mandado de segurança n. 5021030-87.2018.4.03.6100 foi ajuizado tendo como pretensão a determinação de que a Autoridade Coatora analisasse e processasse os pedidos de ressarcimento indicados na inicial daquele feito, não considerando como óbice o art. 59 da IN RFB n. 1717/2017.

A apelação interposta contra a sentença de improcedência proferida naqueles autos também tratou unicamente dos pedidos de ressarcimento entabulados na inicial do referido *mandamus*, que deram origem aos procedimentos administrativos n. 10880.738.526/2018-99, 10880.738.527/2018-33 e 10880.738.641/2018-63.

A ampliação do objeto do Mandado de Segurança n. 5021030-87.2018.4.03.6100 via Pedido de Tutela de Urgência Antecipada é inviável. Nesse sentido estabelece o art. 329 do Código de Processo Civil:

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Em complemento, dispõe o art. 492 do Código de Processo Civil:

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A pretensão atual do impetrante, formalizada neste incidente de tutela provisória, não pode ser vinculada ao MS n. 5021030-87.2018.4.03.6100, porquanto já encerrada a fase de saneamento do referido processo, tendo sido inclusive proferida sentença.

Ainda que a causa de pedir seja a mesma, o pedido formulado neste incidente é diverso, porque se refere a processos administrativos posteriores aos indicados na ação supracitada. Ademais, tratando-se a ação de Mandado de Segurança, o direito líquido e certo à segurança pleiteada deve ser aferido no momento da impetração e a situação ora noticiada (novas pendências nos relatórios fiscais da RFB) é posterior a aquele momento.

Desse modo, não é possível acolher a pretensão do requerente quanto a vincular este pedido de tutela de urgência àqueles autos, porque ao fazê-lo estar-se-ia admitindo, por via transversa, e em violação aos princípios do contraditório, juiz natural e supressão de instância, a ampliação do pedido constante da exordial do MS 5021030-87.2018.4.03.6100, o qual já foi apreciado e sentenciado.

A tutela de urgência antecipada até pode veicular o objeto ora perseguido, todavia, se o pedido de tutela trata-se de ação principal, deve ser ajuizado perante o Juízo competente. Na hipótese, somente seria admissível a propositura deste incidente perante esta Corte caso a ação principal que inaugurou a presente discussão já tivesse sido remetida a este Tribunal, ou caso a competência originária para julgamento da ação principal ajuizada posteriormente ao pedido de tutela pertencesse a este Colegiado. No entanto, nenhuma destas situações procede.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III do Código de Processo Civil, não conheço do presente pedido de tutela de urgência.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029218-36.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: BRUNO DUARTE VIGILATO

Advogado do(a) AGRAVANTE: JEAN MAAKAROUN TUCCI - MS17875-A

AGRAVADO: MANSOUR ELIAS KARMOUCHE, DIEGO ANDRADE NASSIF, ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO MATO GROSSO DO SUL

Advogado do(a) AGRAVADO: TIAGO KOUTCHIN OVELAR ECHAGUE - MS14707-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Consoante consulta ao andamento processual da ação originária deste instrumento, disponível no site da Justiça Federal (www.jfsp.jus.br), o feito principal a que se refere o presente recurso foi julgado em primeira instância.

Assim, já tendo ocorrido o julgamento da ação na qual foi proferida a decisão atacada, este instrumento perdeu inteiramente o seu objeto. Precedentes desta Corte e do STJ (AI 0031669-61.2014.4.03.0000, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julgado em 23/11/2016, e-DJF3 Judicial 1 20/12/2016 e EAREsp 488.188/SP, Rel Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015).

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente recurso por perda de objeto, negando-lhe seguimento, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032195-64.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE LEVY TOMAZ - SP357526-N

AGRAVADO: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO, em face da r. decisão que, em sede de ação anulatória, deferiu a tutela provisória de urgência para determinar ao agravante que se abstenha de recusar a oferta de Seguro Garantia com a finalidade de caucionar o débito objeto do presente feito que, se integral, surtirá os efeitos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Por conseguinte, ficou consignado que o agravante seja impedido de adotar quaisquer medidas punitivas contra a agravada, como inscrição no CADIN e protesto.

Alega o agravante, em síntese, que a r. decisão recorrida apreciou questão não deduzida e fora dos limites da demanda, vez que não houve pedido por parte da agravada de suspensão da exigibilidade do crédito referente às multas aplicadas. Aduz que, somente o depósito em espécie configuraria causa de suspensão, nos termos do art. 151, II do CTN. Requer seja atribuído efeito suspensivo ativo ao recurso.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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.

Alega o agravante que, o pedido da agravada se limita a suspensão e abstenção de eventuais inscrições no CADIN e protesto, mediante a apresentação de seguro garantia, para discussão da legalidade das multas aplicadas.

No entanto, o D. Juízo a *quo* concedeu o requerido, além disso, declarou suspensão a exigibilidade do crédito discutido.

Realmente, cumpre consignar tratar-se de tutela *extra petita*, tendo em vista que o juízo a *quo* excedeu os limites da lide, julgando fora do pedido.

Cumpra observar que o magistrado deve ater-se aos limites da postulação, sendo-lhe defeso proferir decisão de natureza diversa do conflito de interesses trazido ao Poder Judiciário.

Com efeito, em sua peça exordial a agravada requer que o agravante se abstenha ou suspenda o protesto dos títulos, bem como eventuais inscrições no CADIN, mediante a apresentação e aceitação do seguro garantia.

Assim, a tutela merece reparo quanto à parte excedente, reduzindo-se aos limites do pedido.

Dessa maneira, fica mantida a tutela na parte que determinou que o agravante se abstenha ou suspenda o protesto dos títulos, bem como eventuais inscrições no CADIN, mediante a apresentação do seguro.

Demonstrado *ofumus boni iuris*, verifico a presença do *periculum in mora*, já que, sem a decisão judicial pretendida, o agravante vê inviabilizado seu direito de cobrar o valor que entende devido.

Ante o exposto, **defiro o efeito suspensivo ativo pleiteado**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juízo a *quo*.

Civil. Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028853-45.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMARIE GAZETTA MARCONATO - SP139831-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA em face da r. decisão que, em sede de ação ordinária, declinou da competência e determinou a remessa dos autos a uma das varas federais com abrangência em Ibitinga.

É o relatório.

Decido.

O artigo 15, inciso I, Lei nº 5.010/66, delega a competência federal aos juízos estaduais para o processamento e julgamento das execuções fiscais ajuizadas pela União e autarquias federais contra devedores domiciliados em comarcas que não sejam sede de varas federais.

No entanto o presente caso diz respeito a ação ordinária, protocolizada no Tribunal de Justiça de São Paulo, situação em que não há previsão de delegação da competência federal.

Neste sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA POR MUNICÍPIO CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. ART. 15 DA LEI Nº 5.010/66 C/C ART. 109, § 3º, DA CF/1988. INAPLICABILIDADE.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Conflito de competência negativo instaurado entre o Juízo de Direito do Serviço Anexo das Fazendas de Poá-SP (suscitado) e o Juízo Federal da 11ª Vara das Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo (suscitante), em razão de execução fiscal movida pela Prefeitura Municipal de Poá/SP em face da Caixa Econômica Federal - CEF.

2. O art. 15 da Lei nº 5.010/66 c/c o art. 109, § 3º, da Carta Magna não se aplica ao caso sob exame, pois não se trata de execução fiscal proposta pela União ou por suas autarquias, mas pelo Município de Poá/SP em face da Caixa Econômica Federal - CEF.

3. Inexiste, no ordenamento jurídico pátrio, previsão legal que permita à Justiça Estadual, no exercício da competência delegada, processar e julgar execução fiscal em que figure como executada empresa pública federal. Prevalência da regra de competência racione personae do art. 109, inc. I da CF/1988.

4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal, suscitante.

(CC 50.307/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 204)

Contudo, este E. Tribunal não tem competência para julgar recurso contra a r. decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal, conforme entendimento assentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 55 - Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de Jurisdição Federal." (Corte Especial, julgado em 24/9/1992, DJ 1/10/1992)

Assim, caberia ao Tribunal Estadual apreciar o agravo de instrumento, ainda que para anular o processo por incompetência absoluta e remetê-lo à Justiça Federal de primeiro grau competente. Neste sentido, o julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETENCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO RELATIVO A ENSINO SUPERIOR PRATICADO POR PRO-REITOR DE UNIVERSIDADE ESTADUAL. SUMULA N. 15 DO EXTINTO TFR. INCOMPETENCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS PARA ANULAR SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ ESTADUAL. COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL CONHECER E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO PERTINENTE AO ENSINO SUPERIOR, IMPUTAVEL A PRO-REITOR DE UNIVERSIDADE ESTADUAL, PORQUANTO PRATICADO SOB A EGIDE DE DELEGAÇÃO CONFERIDA PELO MINISTERIO DA EDUCAÇÃO (ART. 109, VIII, C.F). INTELIGENCIA DA SUMULA N. 15 DO EXTINTO TFR. AOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DEFESO CASSAR SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ ESTADUAL, POR TRATAR-SE DE COMPETENCIA COMETIDA COM EXCLUSIVIDADE AS CORTES DE JUSTIÇA DAS UNIDADES FEDERADAS. CONFLITO CONHECIDO, ANULANDO-SE A SENTENÇA E DEMAIS ATOS DECISORIOS PRATICADOS PELO MM. JUIZO DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA CIVEL DE PONTA GROSSA, DECLARANDO-SE COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIARIA DO PARANA. ..EMEN:(CC 199300299883, DEMÓCRITO REINALDO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ DATA:14/03/1994 PG:04456 ..DTPB:.)

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932, III do Código de Processo Civil, não conheço do agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juíza *quo*.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032343-75.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: TRANSKUBA TRANSPORTES GERAIS LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: SHEILA FURLAN CAVALCANTE SILVA - SP312430-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TRANSKUBA TRANSPORTES GERAIS LTDA. contra a decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a exceção de pré-executividade apresentada.

Alega a agravante, em síntese, que as certidões de dívida ativa que embasam a execução fiscal são nulas, uma vez que não consta a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei. Sustenta, ademais, a ausência de abatimento dos valores quitados via parcelamento. Requer antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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.

Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade, nas situações em que não se faz necessária dilação probatória e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

Esse, inclusive é o entendimento firmado na Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Contudo, nos casos em que a análise da questão exige dilação probatória, a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria, ou seja, nos embargos à execução, e não por meio do incidente de exceção de pré-executividade.

A certidão de dívida ativa, como todo título de crédito que preenche os requisitos legais, goza de presunção de certeza e legitimidade.

No caso concreto, as certidões de dívida ativa apresentadas pela União Federal preenchem os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 2º, §5º, da Lei 6.830/80, e no art. 202 do Código Tributário Nacional, sendo, portanto, plenamente exequíveis.

Conforme se extrai das discriminações constantes das certidões de dívida ativa executadas, o fundamento legal da dívida, os juros de mora e a correção foram calculados de acordo com a legislação apontada.

Estando em conformidade com os requisitos descritos, a certidão goza de liquidez e certeza, nos termos do art. 3º da LEF, podendo tal presunção ser elidida apenas por prova inequívoca a cargo do executado. Assim, regra geral, constantes os requisitos essenciais do documento, a desconstituição da CDA não pode se dar por meio de alegações abstratas e/ou genéricas, mas apenas nos casos de prova cabal de tratar-se de dívida infundada.

Igualmente, quanto à alegação de adesão ao parcelamento e pagamento de parcelas, verifica-se que dos documentos juntados que não há prova de que todos os débitos discutidos foram incluídos no parcelamento indicado no doc. ID nº 107947721-págs. 202.

A agravada, por sua vez, informa que a empresa supostamente parcelou seus débitos por conta própria, sem obedecer qualquer formalidade prevista em lei e sem a participação da Fazenda Nacional, recolhendo as parcelas conforme suas próprias estimativas de periodicidade e valor.

Com efeito as alegações não são passíveis de análise na via da exceção de pré-executividade, pois demandariam dilação probatória.

Nesse sentido, deve prevalecer a presunção de certeza e liquidez das CDAs. Ademais, os argumentos aventados pela recorrente são genéricos e não explicitam os fatos relativos à causa de forma clara, o que impede qualquer análise neste exame sumário.

Portanto, cabe a agravante desconstituir a presunção de certeza trazendo aos autos elementos que confirmem suas alegações, entretanto, tendo em vista a natureza da exceção de pré-executividade, não é possível que tal matéria seja arguida pela via eleita, nos termos da já mencionada Súmula 393 do STJ.

Nestes termos, não verificada a presença do *fumus boni iuris*, dispensável a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indeiro a antecipação da tutela**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032820-98.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: MAXTC EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: PAMELA DE OLIVEIRA PEDRO - SP318773
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MAXTC EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., em face da r. decisão que, em sede de medida cautelar fiscal, deferiu parcialmente a medida liminar para o fim específico de decretar a indisponibilidade de todos os bens da agravante e demais requeridos na ação principal, até o limite da satisfação da dívida.

Alega a agravante, em síntese, que não restou configurada a participação da mesma na suposta fraude, não ocorrendo, portanto, fundamento no deferimento da liminar. Ademais, não restou configurada a sucessão e confusão patrimonial. Requer a concessão do efeito suspensivo a fim de determinar sua exclusão do polo passivo da medida cautelar fiscal.

É o relatório.

Decido.

Trata-se na origem de medida cautelar fiscal em que a União Federal requer a indisponibilidade de todos os bens da agravante, até o limite da satisfação da dívida, ao argumento de que, instaurado procedimento fiscal para identificar os responsáveis pelo grupo empresarial requerido, pertencente ao ramo de transporte rodoviário de cargas, foi apurado que, além de sonegação fiscal, as pessoas físicas envolvidas atuavam em fraude valendo-se de terceiros (laranjas), de blindagem patrimonial, de falsidade documental, do abandono de pessoas jurídicas que acumulavam passivo tributário e, paralelamente, da criação de novas pessoas jurídicas que assumiam a clientela da pessoa jurídica precedente bem como as atividades estatutárias e ainda os endereços.

Pois bem.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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.

Alega a agravante que não há prova documental ou fundamento legal que dê suporte à desconsideração de personalidade jurídica, formação de grupo econômico ou da inclusão na indisponibilidade de bens e direitos decretada.

Aduz, ainda, que as razões que fundamentaram sua inclusão no grupo econômico não são suficientes. Informa que a empresa possui diversos bens os quais são completamente distintos aos envolvidos no grupo econômico.

Argumenta que não existe nos autos da cautelar prova de que a agravante teve ou tem participação direta ou interesse no fato gerador tributário da empresa Topcargas, vez que os bens da agravante compõem seu patrimônio muito antes da empresa Topcargas sequer ser fundada.

Em juízo de cognição sumária, ínsito do agravo de instrumento, não se afigura adequada a suspensão da decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Realmente, a agravante não trouxe aos autos quaisquer documentos capazes de demonstrar referidas alegações, sendo certo que o acervo probatório colacionado é insuficiente para reformar referida decisão.

Da análise da documentação, juntada aos autos pela União Federal, verifica-se que a agravante, constituiu como procuradores, conferindo os mais amplos, gerais e ilimitados poderes para tratar de todos os assuntos e negócios de interesse da empresa outorgante, inclusive para representação perante bancos em geral e para compra e venda de imóveis, pessoas envolvidas no grupo empresarial ora alegado.

Denota-se, de toda a documentação juntada pela agravada, que os atos praticados pela agravante e pelos demais requeridos na ação principal, resultariam no esvaziamento patrimonial impedindo satisfação do crédito tributário. Assim, dado o tamanho da operação, os vários indícios de formação de grupo econômico, a possível fraude fiscal, prematuro nesse momento processual reformar a decisão do juízo *a quo*, afastando eventuais responsabilidades da agravante.

Dessa maneira, a matéria posta em discussão demanda maior dilação probatória, documental e fática, com o escopo de aferir circunstâncias que não são passíveis de serem demonstradas de plano.

Deste modo, em sede de exame preliminar, não há qualquer fundamento para o deferimento da decisão liminar, nos termos em que requerido.

Ausente o *fumus boni iuris*, dispensa-se a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indefiro a concessão do efeito suspensivo**, nos termos da fundamentação.

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 Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026690-92.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: PAULO EDWINO BECKER

Advogado do(a) AGRAVANTE: OZIAR DE SOUZA - SP137432

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PAULO EDWINO BECKER, contra a decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta.

Alega o agravante, em síntese, que diante da inexistência de julgamento do recurso administrativo que fora interposto, é inexigível o valor do débito. Aduz que, o processo administrativo é nulo, vez que foi notificado por edital. Por fim, alega que o protesto somente seria viável se a agravada não estivesse já em demanda judicial como o agravante. Requer a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do Código de Processo Civil, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensão 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.

Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade, nas situações em que não se faz necessária dilação probatória e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

Esse, inclusive é o entendimento firmado na Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Contudo, nos casos em que a análise da questão exige dilação probatória, a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria, ou seja, nos embargos à execução, e não por meio do incidente de exceção de pré-executividade.

A certidão de dívida ativa, como todo título de crédito que preenche os requisitos legais, goza de presunção de certeza e legitimidade.

No caso concreto, a certidão de dívida ativa apresentada pela União Federal preenche os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 2º, §5º, da Lei 6.830/80, e no art. 202 do Código Tributário Nacional, sendo, portanto, plenamente exequível.

Nesse sentido, deve prevalecer a presunção de certeza e liquidez da CDA.

Assim, em que pesem as afirmações do agravante de que o processo administrativo é nulo, vez que sua notificação foi feita de modo incorreto, não há, no caso em comento, diante da documentação apresentada, como aferir referida alegação.

Portanto, cabendo ao agravante desconstituir a presunção de certeza trazendo aos autos elementos que confirmem suas alegações, tendo em vista a natureza da exceção de pré-executividade, não é possível que tal matéria seja arguida pela via eleita.

No tocante à possibilidade de eventuais protestos, ainda que se entenda que a União possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito. Vale observar que o protesto não tem como finalidade apenas provar a inadimplência do devedor, ou mesmo fazer prova de que o devedor deixou de pagar no vencimento, pelo que a presunção de certeza e liquidez do título (artigo 204 do CTN) não constitui óbice ao pleito da Fazenda.

Por outro lado, para que o protesto possa persistir contra o contribuinte, é necessário que o crédito contra ele constituído esteja completa exigibilidade. Porém, o agravante não demonstra a ocorrência de nenhuma das hipóteses do art. 151 do CTN, passíveis de ocasionar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nestes termos, não verificada a presença do *fumus boni iuris*, dispensável a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indeferiu a concessão do efeito suspensivo**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juíza *quo*.

Civil. Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010576-78.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A., AYMORE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A., SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL, BANCO BANDEPE S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: NEWTON NEIVA DE FIGUEIREDO DOMINGUETI - SP180615-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: NEWTON NEIVA DE FIGUEIREDO DOMINGUETI - SP180615-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: NEWTON NEIVA DE FIGUEIREDO DOMINGUETI - SP180615-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: NEWTON NEIVA DE FIGUEIREDO DOMINGUETI - SP180615-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a liminar em mandado de segurança.

As impetrantes pretendem, em sede liminar, obter provimento para que, em relação ao IRPJ e à CSLL, seja autorizada a imputação da variação monetária entre a constituição da provisão reconhecida mensalmente na contabilidade nos termos do artigo 4º da Resolução nº 2.682/99 do BACEN e o seu reconhecimento como perda efetiva, nos termos dos artigos 9º a 14 da Lei nº 9.430/96, através da aplicação da SELIC ou outro índice que o magistrado entenda aplicável, sem prejuízo de fiscalização da Autoridade Coatora.

A r. decisão de Id. 15808912 indeferiu o pedido liminar, pois ausente ou não demonstrada a urgência, nos termos do art. 7º da Lei 12.016/2009. As impetrantes agravaram da decisão, alegando que há perigo na demora e verossimilhança das alegações. Fundamentam o periculum in mora na possibilidade de, caso não recolhessem o tributo na forma devida, tenham seu nome inscrito no CADIN, seu débito inscrito em dívida e seja ajuizada execução fiscal. Em relação ao *fumus boni iuris*, defendem que o reconhecimento das perdas no recebimento de créditos deve sofrer atualização monetária no período entre a constituição da PCLD (provisões para créditos de liquidação duvidosa) e o seu efetivo reconhecimento como despesa fiscalmente admitida, vez que tal interregno – obrigatório pela legislação fiscal e não contestado na presente demanda, pode consumir período superior a dois anos.

Em sua contraminuta, a Fazenda Nacional propugna, preliminarmente, pela impossibilidade de concessão da tutela provisória contra a Fazenda Pública que esgote o objeto da ação e, no mais, em linhas gerais, que não restam preenchidos os requisitos para a concessão da medida liminar.

Decido.

Inicialmente, destaco que a concessão de medida liminar na forma como aqui pretendida não anteciparia de modo exauriente o objeto do mandado de segurança em vista da manifesta possibilidade de reversibilidade da situação contábil-fiscal que os ora agravantes procuram afastar.

Tenta demonstrar a agravada que o pedido das agravantes para que lhe seja garantido o direito de corrigir monetariamente a PCLD desde a sua constituição até o seu reconhecimento como perda efetiva implica ressuscitar uma norma expressamente revogada há mais de 20 (vinte) anos e conceder-lhes um privilégio em detrimento de todas as pessoas jurídicas que atuam no mercado financeiro.

Tal premissa revela, em princípio, a inexistência de previsão legal para incidência da correção monetária sobre a PCLD.

Ora, não se pode perder de vista que a fluência da correção monetária deve ser enfocada de maneira peculiar no campo do Direito Tributário.

Vale dizer, o Sistema Constitucional Tributário Nacional é norteado pelo princípio da legalidade, não sendo admitida, em tese, a correção monetária aqui pretendida ausente previsão normativa a respeito.

Por essa razão, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo “*a quo*”.

Intime(m)-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033007-09.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: CLENIA MARTINS PEREIRA DE OLIVEIRA, DASHIELL CHMIELEWICZ ISQUEDO, DEBORAH GUIDO DIAS PAPALARDO, DENISE GOMES DOS SANTOS MACIEL, EDIVANIA DE ALMEIDA LANSONI, ELISANGELA TRIVELATO BAQUEIRO DIAS, FRANCISCO DO CARMO MONTSERRAT, IARA CRISTINA DA SILVA CRUZ, JAMIL SOARES JUNIOR, KAREN CASADEI, MARIA DE LOURDES CANDIDA, MARINALVA ANTONIA DA SILVA, MARISA COSTA BALTEIRO, MARTA MARIA DOS SANTOS LEITE, MAYCON PEREIRA DE OLIVEIRA, PATRICIA PORTO REBEQUE RODRIGUES, THIAGO TEIXEIRA, VALERIA ZANACHI SULAS, VERGINIA OLIMPIA DA SILVA TANGERINO, VILMA SOARES DE OLIVEIRA, WILMA DA SILVA

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A, CAMILO ONODA LUIZ CALDAS - SP195696-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO GOMES - SP192302-A
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL, CEALCA-CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUIBALTA - EPP, ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVA IGUAÇU

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por CLENIA MARTIS PEREIRA DE OLIVEIRA e OUTROS em face da r. decisão que, em sede de ação ordinária, postergou a apreciação do pedido de tutela de urgência, para após a oitiva da parte contrária.

Alegamos agravantes, em síntese, que seus diplomas foram cancelados de forma ilegal e arbitrária.

É o relatório.

Decido.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

O recurso é manifestamente inadmissível diante de sua intempestividade, como reconhecido de modo pacífico pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte.

Na hipótese, a decisão agravada foi proferida em 11 de setembro de 2019 (ID nº 21876964 dos autos principais) e disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região em 17/09/2019 – págs. 230. Porém, o recurso foi protocolado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 19/12/2019.

Em 03 de outubro de 2019 (ID nº 22816089 dos autos principais), a agravante protocolou petição pleiteando a reconsideração da decisão. Posteriormente, o magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão:

“Id 22816089: Requer a parte autora a reconsideração da decisão que postergou a análise da tutela de urgência para após a apresentação das contestações.

Ante a inexistência de fato novo e a necessidade de se ouvir as partes para melhor elucidação do caso, indefiro o pedido.

Aguarde-se a apresentação das contestações.

Após, façam-se os autos conclusos.

Int. Cumpra-se.”

Assim, considerando que a primeira decisão não foi objeto de recurso no prazo legal, referido documento não tem o condão de interromper o prazo recursal, tratando-se de mera reiteração de pedido já indeferido, possuindo natureza de pleito de reconsideração e, por fim, considerando a data da sua interposição (19/12/2019), o presente recurso não tem condições de prosperar, ante a sua patente intempestividade.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – LITISPENDÊNCIA – ROL TAXATIVO – INTEMPESTIVIDADE – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – DESCABIMENTO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – A decisão que reconhece a litispendência e extingue o feito não tem cunho meritório e não se enquadra em nenhuma outra das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC que permitem a interposição do recurso de agravo de instrumento.

II – Pedido de reconsideração não interrompe e nem suspende o prazo para a interposição de recurso, havendo previsão legal (art. 507 CPC) no sentido de ser vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Considerando que a decisão que trouxe gravame ao agravante foi proferida em 11.04.2018 (id 6066370), manifestamente intempestivo o recurso interposto em 13.09.2018.

III – Agravo de instrumento não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022476-92.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018)

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil, **não conheço do agravo de instrumento**, consoante fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007909-40.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PFANNENBERG DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogado do(a) APELADO: PATRICIA MADRID BALDASSARE FONSECA - SP227704-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se 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 destacado nas notas fiscais na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconheceu o direito à compensação, após o trânsito em julgado, dos valores indevidamente recolhidos a tal título, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta ação, observado o disposto no artigo 74, da Lei 9.430/96 c/c art. 26-A, da Lei 11.457/2009, atualizados pela SELIC.

Em suas razões de apelo, a União Federal requer a suspensão do feito até o trânsito em julgado do RE nº 574.706/PR, ante a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. No mérito, requer a reforma da r. sentença, ante a legalidade e a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Subsidiariamente, requer que o ICMS a excluir corresponda ao efetivamente pago.

Com contrarrazões.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

DECIDO

Por primeiro, na espécie, aplicável a disposição sobre o reexame necessário, nos termos do artigo 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009, devendo, pois, ser tido por ocorrido o reexame necessário.

Anote-se, em seguida, que descabe a suspensão do feito até o julgamento final do RE 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 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*".

Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado.

Por outro lado, na medida em que a tese fixada pelo STF teve como base o disposto no artigo 195, I, b da CF, aplica-se o julgado também na vigência da Lei nº 12.973/14.

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. 90582687).

Anote-se que, por ter sido comprovada a condição de contribuinte, outros documentos poderão ser 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.

Assinale-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 28/06/2019, 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, devem ser observados os requisitos do artigo 26-A, da Lei 11.457/2007 (alterada pela Lei 13.670/2018) no que se refere à compensação de débitos relativos às contribuições sociais previdenciárias previstas nos artigos 2º e 3º da mesma lei.

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 CJP, 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 nº 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, IV, "b", do CPC/2015, nego provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, 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, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032959-50.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: SCHAEFFLER BRASIL LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: FLAVIO BASILE - SP344217-A, PATRICIA ELIZABETH WOODHEAD - SP309128-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A, EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SCHAEFFLER BRASIL LTDA. em face da decisão que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido para que parte do valor depositado nos autos fosse convertido em renda da União Federal (Fazenda Nacional) para quitação do débito tributário remanescente, bem como para que o restante do valor fosse convertido em renda em seu favor.

Alega a agravante, em síntese, que os depósitos foram realizados com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário e assim determinar a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal. Além disso, no passado, houve nos próprios autos a expressa determinação judicial para vinculação dos referidos depósitos à ação judicial, de modo que a agravante não pode ser punida por um erro nos procedimentos internos do cartório que, supostamente, teria deixado de emitir o ofício à Caixa Econômica Federal para que fosse concretizada a referida vinculação. Requer a concessão da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela provisória postulada, porquanto ausente o *periculum in mora*.

Requer a agravante seja expedido ofício à Caixa Econômica Federal para que vincule os depósitos extrajudiciais disponíveis nas contas nº 2870.795.00000001-6 e nº 2870.795.00000002-4 à ação principal, determinando a conversão em renda em favor da União Federal de parte dos depósitos judiciais como forma de quitação do débito remanescente, uma vez que já processados as compensações; e, por fim, expedido alvará em favor da agravante para levantamento do restante dos valores depositados.

O juízo de origem determinou que, considerando a existência de dois depósitos extrajudiciais efetuados, em julho de 2006, por meio de DARF's, vinculados ao procedimento administrativo, compete à agravante solicitar à Receita Federal informações acerca de seu saldo e, se este for ainda positivo, solicitar a expedição da GLD – Guia de Levantamento de Depósito dos valores que lhe são devidos (com a dedução do débito remanescente para satisfazer a totalidade dos débitos controlados no processo administrativo n. 10855.003791/2003-83).

Nesses termos, prevalece a conclusão de que inexistente, ainda que reconhecido o direito da agravante, perigo de lesão grave e de difícil reparação capaz de justificar a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Desse modo, desnecessária a apreciação da verossimilhança em suas alegações, já que não preenchido um dos requisitos para a concessão da antecipação da tutela recursal.

Assim, não vislumbro, ao menos por ora, fundamentos favoráveis à concessão da antecipação da tutela, nos termos em que requerida.

Ante o exposto, **indeferiu a antecipação da tutela**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Civil. Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000962-29.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MODOLIN, CHIES & CIA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE MODOLIN CHIES - SP355271-A

D E C I S Ã O

Trata-se de remessa necessária e de apelação 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 de, após o trânsito em julgado, compensar os valores indevidamente recolhidos a tal título, na forma do art. 74 da Lei 9.430/96, atualizados pela SELIC, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões de apelo, a União Federal requer a suspensão do feito até o julgamento do RE nº 574.706/PR, ante a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. No mais, requer a reforma da r. sentença, ante a legalidade e a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Sustenta a impossibilidade de impetração de MS contra lei em tese. Defende a impossibilidade de compensação de créditos oriundos de períodos pretéritos, bem como com as contribuições previdenciárias. Subsidiariamente, requer que o ICMS a excluir corresponda ao efetivamente pago. Pede a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

DECIDO.

Anote-se, de início, que descabe o sobrestamento do feito até o 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 e RE 1017483/SC.

Além disso, observo que a presente impetração tem natureza preventiva, não se tratando de Mandado de Segurança contra lei em tese (Súmula 266, STF), mas sim de "writ" que visa obter declaração de abstenção do recolhimento do PIS e da COFINS com a inclusão do ICMS em suas bases de cálculo, sem que para isso seja a Impetrante autuada pela autoridade impetrada. No mais, pleiteia seja declarado o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela SELIC, situação já consolidada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme enunciado da Súmula 213.

Neste sentido a jurisprudência do E. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE DETERMINOU A INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. LEI EM TESE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 266/STF. INAPLICABILIDADE. NATUREZA PREVENTIVA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL.

1. O mandado de segurança impetrado por prestadora de serviços de registros públicos, cartorários e notariais, em face de lei municipal que instituiu a cobrança de ISS sobre as aludidas atividades, ostenta caráter preventivo, não atraindo o óbice da Súmula 266/STF, segundo a qual "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

2. Deveras, não se pode confundir mandado de segurança preventivo com mandado de segurança impetrado contra lei em tese. Isto porque a natureza preventiva do mandamus decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente. Por seu turno, no writ dirigido contra lei em tese, a situação de fato, que enseja a incidência da norma jurídica, ainda não restou configurada.

3. É cediço em abalizada sede doutrinária que: "Há quem entenda 'como lei em tese aquelas normas abstratas que, enquanto não aplicadas por ato concreto de execução, são incapazes de acarretar lesão a direito individual'. Na verdade, porém, a lei deixa de ser em tese no momento em que incide. No momento em que ocorrem os fatos na mesma descritos, e que, por isto mesmo, nasce a possibilidade de sua aplicação. Não é o ato de aplicar a lei, mas a ocorrência de seu suporte fático, que faz com que a lei possa ser considerada já no plano concreto.

Mandado de segurança contra lei em tese é mandado de segurança contra lei que ainda não incidiu. De outro modo, diz-se que há impetração contra lei em tese, se esta ocorre sem que esteja configurada a situação de fato em face da qual pode vir a ser praticado o ato tido como ilegal, contra o qual se pede a segurança.

Diz-se que a impetração é dirigida contra lei em tese precisamente porque, inócurrenente o suporte fático da lei questionada, esta ainda não incidiu, e por isto mesmo não se pode falar em direito, no sentido do direito subjetivo, sabido que este resulta de incidência da lei.

Aliás, contra a lei em tese descabe não apenas o mandado de segurança, mas toda e qualquer ação, salvo, é claro, a direta de controle de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

Inexiste prestação jurisdicional contra lei que não incidiu, pois a atividade jurisdicional caracteriza-se, exatamente, por desenvolver-se em face de casos concretos.

Tais assertivas, todavia, devem ser entendidas em seus devidos termos. Uma norma pode ainda não haver incidido e, não obstante, existir uma situação concreta que torna iminente sua incidência, que virá a afetar um direito já em formação, ainda que não aperfeiçoado.

Tem-se, pois, de distinguir as situações nas quais inexiste qualquer fato capaz de formar, ou de iniciar a formação do direito, cuja lesão é temida pelo impetrante, em face das quais a impetração há de ser considerada contra a lei em tese, daquelas outras situações nas quais já ocorreu o suporte fático da norma, ou já aconteceram fatos suficientes para indicar a formação daquele suporte fático.

Assim, se apenas pretendo importar determinada mercadoria para a qual a alíquota do imposto de importação foi aumentada, e considero que o aumento se deu contrariando a Constituição, mas ainda não adquiri a mercadoria no exterior; não posso dizer que tenho um direito sob ameaça de lesão. Se impetro mandado de segurança, a impetração estará atacando a norma, em tese, que elevou a alíquota do imposto. Por outro lado, se já adquiri a mercadoria, e especialmente se a mercadoria já foi remetida para o Brasil, já estou diante de fatos dos quais inexoravelmente decorrerá o fato imponible. Já posso, portanto, impetrar o writ, em caráter preventivo.

Para ensejar a impetração preventiva, portanto, não é necessário esteja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei questionada. Basta que tal situação esteja acontecendo, vale dizer, tenha tido iniciada a sua efetiva formação. Ou pelo menos que estejam concretizados fatos dos quais logicamente decorre o fato gerador do direito cuja lesão é temida.

Especificamente em matéria tributária, para que se torne cabível a impetração de mandado de segurança preventivo, não é necessário esteja consumado o fato imponible. Basta que estejam concretizados fatos dos quais logicamente decorra o fato imponible.

Em síntese e em geral, o mandado de segurança é preventivo quando, já existente ou em vias de surgimento a situação de fato que ensejaria a prática do ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o justo receio de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. É preventivo porque destinado a evitar a lesão ao direito, já existente ou em vias de surgimento, mas pressupõe a existência da situação concreta na qual o impetrante afirma residir ou dela decorrer o seu direito cuja proteção, contra a ameaça de lesão, está a reclamar do Judiciário."

(Hugo de Brito Machado, in "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Ed. Dialética, 6ª Ed., São Paulo, 2006, págs. 255/257).

5. In casu, a impetrante, prestadora de serviço de registros públicos, impetrou mandado de segurança em desfavor da Câmara Municipal, consistente na edição da Lei Municipal 2.074/2003, que instituiu a cobrança de ISS sobre atividades dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

6. A superveniência de legislação que determine a incidência de ISS sobre os serviços de registros públicos cartorários e notariais, prestados pela impetrante, fundamenta o justo receio do sujeito passivo de que a Administração Fiscal venha a praticar ato considerado ilegal, revestindo o mandamus de caráter preventivo.

7. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo Singular a fim de que sejam apreciadas as demais questões suscitadas pelas partes (entre elas, a preliminar de ilegitimidade passiva do impetrado, cujo conhecimento de ofício, em sede de recurso especial, incompatibiliza-se com o inarredável requisito do prequestionamento). (STJ - RESP - 860538/RS, 1ª Turma, Data da decisão: 18/09/2008, DJE DATA:16/10/2008, Rel. Luiz Fux)(...)"

Dessa forma, uma vez que o presente Mandado de Segurança não se trata de impetração contra lei em tese, mas de ato praticado ou na iminência de ser praticado pela autoridade impetrada, entendo cabível o presente "writ" para o fim pleiteado.

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*".

Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado.

Por outro lado, na medida em que a tese fixada pelo STF teve como base o disposto no artigo 195, I, b da CF, aplica-se o julgado também na vigência da Lei nº 12.973/14.

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. 90358528).

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.

Por primeiro, anoto que a jurisprudência 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 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, devem ser observados os requisitos do artigo 26-A, da Lei 11.457/2007 (alterada pela Lei 13.670/2018) no que se refere à compensação de débitos relativos às contribuições sociais previdenciárias previstas nos artigos 2º e 3º da mesma lei.

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 e à apelação da União Federal, para que seja observado o disposto no artigo 26-A, da Lei 11.457/2007, consoante fundamentação.

Prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

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, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: SAMIRA MANSUR SILVA ABOU HAIKAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIA CRISTINA MANSUR SILVA - MG52089
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SAMIRA MANSUR SILVA ABOU HAIKAL contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido objetivando a concessão de liminar para que a agravante seja convocada para as demais fases do processo seletivo referente à “Seleção ao Serviço Militar Temporário nº 22/ área técnica – Serviço Militar Regional da 2ª Região Militar, de 16 de junho de 2019, Seleção de Sargento Técnico Temporário na Área de Administração do Exército Brasileiro”.

Alega a agravante que, apesar de nova negativa após análise do recurso administrativo, deve ser mantida e convocada para as demais fases do concurso, vez que comprovou, através dos documentos juntados, que as funções por ela desempenhadas em outras empresas atendem aos requisitos do edital. Pede a antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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.

Em sede de cognição sumária, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores à concessão do efeito suspensivo postulado.

É que não obstante os argumentos da recorrente acerca do direito invocado, fato é que, em juízo de cognição preliminar, os documentos apresentados não trazem elementos suficientes para formação de juízo seguro a respeito do contexto fático que envolve o caso e da necessidade de reforma da decisão agravada.

Com efeito, como destacou o Juízo de origem, a agravante não logrou comprovar que cumpriu a regra prevista no edital do concurso, vez que os documentos, do modo que foram entregues, não foram suficientes para o cumprimento das exigências estabelecidas pelo edital.

Realmente, analisando-se a documentação juntada aos autos principais verifico que, dos 3 (três) Contratos de Prestação de Serviços anexados, apenas um possui carimbo de CNPJ da empresa, sendo que neste não há comprovação de 12 (doze) meses de experiência mínima (ID nºs 24039659-págs. 01/18 dos autos principais). Ademais, em nenhum deles há o reconhecimento de firma das pessoas que firmaram o contrato, bem como comprovante que os identifique como representantes legais das empresas. Igualmente, não há comprovação de serem cópias autenticadas.

Ora, dispõe o art. 37 do Aviso de Convocação nº 22/Área Técnica – Serviço Militar Regional da 2ª Região Militar, de 16 de junho de 2019: :

“Art. 37. Para comprovação do tempo de serviço, exclusivamente na área para qual o(a) candidato(a) estiver concorrendo, após formado(a), deverá entregar cópias autenticadas ou quando não autenticadas (acompanhada dos respectivos originais) dos seguintes documentos: (...)

4. contrato de prestação de serviço, quando profissional liberal, juntamente com o documento(s) que comprova(m) a vigência e o período trabalhado;”

É entendimento consolidado, tanto nesta E. Corte Regional, quanto no Colendo Superior Tribunal de Justiça, de que o edital é a lei do concurso que vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos nele inscritos aos seus estritos termos.

Portanto, a prova colacionada é insuficiente para que, sem maiores elementos, se possa concluir que houve equívoco ou ilegalidade na decisão administrativa que reputou a candidata inapta para prosseguimento no certame, razão pela qual não se justifica o deferimento da medida pleiteada, ao menos no atual estágio processual.

Nestes termos, não verificada a presença do *fumus boni iuris*, dispensável a análise do *periculum in mora*.

Ante o exposto, **indefiro a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do CPC.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031926-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: J B MATIAS & CIA LTDA - ME, JOSE BERNARDO MATIAS NETO, ROSALISKE MATIAS

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCAS PIRES MACIEL - SP272143-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCAS PIRES MACIEL - SP272143-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCAS PIRES MACIEL - SP272143-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por J B MATIAS & CIA LTDA. e OUTROS contra a decisão que recebeu os embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo.

Alegam os agravantes, em síntese, que estão preenchidos todos os requisitos exigidos pela legislação para que haja a atribuição de efeito suspensivo aos embargos. Aduzem, ainda, que foi determinada a realização do leilão do imóvel e que sua avaliação deverá ser refeita, vez que realizada há muitos anos. Requer a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Decido.

Por primeiro, no tocante ao pedido de nova avaliação do imóvel penhorado, tal requerimento deverá ser realizado nos autos da Execução Fiscal, onde consta referida restrição e avaliação.

Não obstante, os próprios agravantes juntaram laudo de avaliação datado de 13/02/2019 (ID nº 107785521-págs. 68/70).

Pois bem.

O feito comporta julgamento nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

O recurso é manifestamente inadmissível diante de sua intempestividade, como reconhecido de modo pacífico pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte.

Na hipótese, a decisão agravada foi proferida em 10 de junho de 2019 (ID nº 107785521-págs. 84) e disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 19/06/2019 (ID nº 107785521-págs. 88). Porém, o recurso foi protocolado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 09/12/2019.

Isto posto, constata-se que, em 11 de novembro de 2019 (ID nº 107785521-págs. 126/130), a parte agravante protocolou petição pleiteando atribuição do efeito suspensivo aos embargos.

Posteriormente, o magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão:

“Mantenho a decisão que indeferiu o efeito suspensivo aos embargos, pois ainda que tenha havido designação de leilão nos autos da execução fiscal, não se verifica na espécie os requisitos necessários para a concessão da tutela provisória (CPC, artigo 919, § 1º).

Assim, tornem os autos conclusos para sentença.

Int.”

Assim, considerando que a primeira decisão não foi objeto de recurso no prazo legal, referido documento não tem o condão de interromper o prazo recursal, tratando-se de mera reiteração de pedido já indeferido, possuindo natureza de pleito de reconsideração e, por fim, considerando a data da sua interposição (09/12/2019), o presente recurso não tem condições de prosperar, ante a sua patente intempestividade.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – LITISPENDÊNCIA – ROL TAXATIVO – INTEMPESTIVIDADE – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – DESCABIMENTO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – A decisão que reconhece a litispendência e extingue o feito não tem cunho meritório e não se enquadra em nenhuma outra das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC que permitem a interposição do recurso de agravo de instrumento.

II – Pedido de reconsideração não interrompe e nem suspende o prazo para a interposição de recurso, havendo previsão legal (art. 507 CPC) no sentido de ser vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Considerando que a decisão que trouxe gravame ao agravante foi proferida em 11.04.2018 (id 6066370), manifestamente intempestivo o recurso interposto em 13.09.2018.

III – Agravo de instrumento não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022476-92.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/11/2018)

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil, **não conheço do agravo de instrumento**, consoante fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intime-se.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002217-46.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARLES INDUSTRIA TEXTIL E COMERCIO LIMITADA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 817/996

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 **MARLES INDUSTRIA TEXTIL ECOMERCIO LIMITADA**, 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, 20 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032963-87.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: FOXCONN BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO PAULO FOGACA DE ALMEIDA FAGUNDES - SP154384-A, RONALDO

RAYES - SP114521-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FOXCONN BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar objetivando afastar a aplicação da Solução de Consulta Interna COSIT 13/2018, no que tange ao valor de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Alega a agravante, em síntese, que se deve considerar o valor do ICMS faturado, destacado em nota fiscal. Requer a antecipação da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do Parágrafo Único do artigo 995 do 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 Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Foi, então, editada a Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, de 18 de outubro de 2018 que determinou que, para fins de cumprimento de decisões transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo de PIS/COFINS, deve ser excluída somente a parcela do ICMS a ser pago em dinheiro em cada período de apuração.

Todavia, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado.

Por outro lado, na medida em que a tese fixada pelo STF teve como base o disposto no artigo 195, I, b da CF, aplica-se o julgado também na vigência da Lei nº 12.973/14.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico a presença do *periculum in mora* já que, sem a decisão judicial pretendida, a agravante sofre o risco de cobrança indevida, inclusive com inscrição de valores em dívida ativa, além de se submeter à estreita e demorada via da repetição do indébito.

Ante o exposto, **defiro a concessão da tutela requerida**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juíza *quo*.

Civil.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002719-55.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NYX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCUS VINICIUS PERRETTI MINGRONE - SP177809-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 **NYX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS 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, 20 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002238-21.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: SOROCABA PREFEITURA MUNICIPAL
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTA GLISLAINE AP DA PENHA SEVERINO GUIMARAES PEREIRA - SP123396-A
APELADO: ARPEX - INDUSTRIA E COMERCIO DE COMPONENTES METALICOS EIRELI - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: OSVALDO GUITTI - SP180099-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo a apelação (Id 64152774 e Id 64152775) apenas no efeito devolutivo, consoante o artigo 1.012, §1º, inciso V, do CPC.

Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033163-94.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: FL BRASIL HOLDING, LOGÍSTICA E TRANSPORTE LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: CAMILA ABRUNHOSA TAPIAS CHUSTER - SP224124-A, ANA CLAUDIA AKIE UTUMI - SP138911-A

AGRAVADO: PROCURADOR DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL EM SÃO PAULO, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em Plantão Judicial.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FL Brasil Holding, Logística e Transporte Ltda. contra a decisão proferida, em 19.12.19, pelo Juízo da 4ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (SP) no Mandado de Segurança n. 5009063-11.2019.4.03.6100, que indeferiu “a Tutela de Urgência pleiteada para que as Impetradas se abstenham de exigir o IOF-Câmbio em relação aos contratos de câmbio celebrados para acobertar os Investimentos Estrangeiros Diretos”.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) em 11.06.19, foi indeferido o pedido liminar;

b) “**em razão de novo aporte financeiro no valor de R\$ 240.000.000,00 que será recebido HOJE, dia 20/12, pela Agravante via contrato de mútuo, firmado com sua controladora situada no México, que constitui fato novo não apreciado pelo magistrado à época da análise da liminar**, a Agravante apresentou pedido de Tutela de Urgência incidental, requerendo a antecipação da tutela para que fosse determinada a suspensão da exigência da cobrança do IOF, que restou liminarmente indeferido”;

c) “**tal decisão merece ser revista à luz da possibilidade de concessão da Tutela de Urgência em razão do fato novo**, que sequer restou analisada pelo juízo recorrido, bem como pela **iminência da cobrança do IOF sobre os R\$ 240.000.000,00 referentes a investimentos estrangeiros diretos, que estão chegando ao Brasil hoje (e câmbio a ser realizado segunda-feira, dia 23/12)**, recebidos via Contrato de Mútuo firmado com sua controladora situada no México, sendo clara a necessidade de reforma da r. decisão”;

d) a decisão agravada não analisou a possibilidade jurídica apresentada em razão de fato novo, o que independe da decisão liminar prévia, mas apenas da satisfação dos requisitos para a sua concessão;

e) “Em razão do fato novo caracterizado pelo investimento direto firmado pela Agravante com sua controladora Solística S.A, situada no México, fato este que inexistia há época da análise da liminar e que, caso não seja deferida a tutela, poderá acarretar em ônus financeiro significativo e descabido à Agravante;

f) os contratos de câmbio firmados quando da entrada dos recursos a serem integralizados em seu capital social – Investimentos Estrangeiros Diretos – deveriam se submeter ao IOF Câmbio calculado com alíquota zero, como é realizado em casos similares e nos termos art 172 da Constituição da República, que incentiva o investimento e o reinvestimento de capital estrangeiro no País;

g) o “periculum in mora” decorre do fato de que será tributado no momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional à alíquota de 0,38%, e deverá recolher o valor de R\$ 912.000,00 à título de IOF (Id n. 109357356).

Decido.

No Mandado de Segurança n. 5009063-11.2019.4.03.6100, o Juízo “a quo” indeferiu o pedido liminar em 11.06.19, o qual foi deduzido nos seguintes termos:

(a) a concessão de medida liminar inaudita altera parte, nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, ante a presença dos requisitos autorizadores (*fumus boni iuris e periculum in mora*), no sentido de determinar às Autoridades Coatoras:

(a.1) que se abstenham, pessoalmente ou por seus subordinados, de exigir o IOF-Câmbio em relação aos contratos de câmbio celebrados para acobertar os Investimentos Estrangeiros Diretos recebidos pela Impetrante, determinando-se a aplicação da alíquota zero do imposto para essa hipótese; e

(a.2) em decorrência da concessão da liminar, que também se abstenham de tomar qualquer medida que importe denegação de certidões negativas ou inscrição do nome da Impetrante em cadastros de devedores como CADIN, SERASA ou SPC, até decisão final do presente Mandado de Segurança.

A agravante alegou fato novo, consistente em novo aporte financeiro no valor de R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) que será recebido em dia 20/12, para reiterar o pedido de tutela de urgência, o qual foi indeferido. Contra essa decisão requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

No entanto, remanesce íntegra a decisão liminar, à míngua de impugnação tempestiva.

O alegado “fato novo” subsume-se à hipótese de incidência tributária impugnada no mandado de segurança (IOF-Câmbio). Trata-se de nova situação de incidência do tributo, em razão da presença dos elementos da regra matriz de incidência. Tal situação integra a causa de pedir do feito originário e já foi objeto de apreciação quando do indeferimento do pedido liminar. A mera ocorrência de fato gerador novo não é suficiente para alterar ou justificar nova decisão incidental sobre a matéria.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação dos efeitos da pretensão recursal.

Int.

São Paulo, 21 de dezembro de 2019.

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

HABEAS CORPUS (307) Nº 5032416-47.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

PACIENTE: ELIZETE MARIA DA SILVA

IMPETRANTE: MARCIO ANDRE CUSTODIO DE AQUINO, PAULO SERGIO MOREIRADOS SANTOS

Advogados do(a) PACIENTE: PAULO SERGIO MOREIRADOS SANTOS - SP403503, MARCIO ANDRE CUSTODIO DE AQUINO - SP387642

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 1ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO HOMÔNIMO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Marcio André Custódio de Aquino e Paulo Sérgio Moreira dos Santos, em favor de ELIZETE MARIA DE AQUINO, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP, nos autos de nº 0003911-71.2018.4.03.6110.

Consta da impetração que a paciente foi condenada pelo delito do artigo 2º, da Lei 12.850/2013, a uma reprimenda de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Alegam os impetrantes que o decreto de manutenção da prisão teria feito imputação genérica, sem individualização da conduta, e sem identificar os elementos concretos que justifiquem a custódia cautelar.

Sustentam que a permanência na prisão somente poderia ocorrer caso mantidas as razões motivadoras do decreto preventivo e que, no caso em tela, a autoridade impetrada não teria apontado nenhum dos requisitos para a manutenção da segregação.

Argumentam que foi fixada regime inicial de cumprimento de pena mais severo sem qualquer fundamentação para tanto.

Afirmam que a paciente possui bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito.

Suscitam a tese de que a prisão preventiva está sendo utilizada como antecipação de eventual pena, o que seria inadmissível.

Aduzem que conclusões vagas e abstratas a respeito do que o paciente poderá vir a fazer caso esteja em liberdade consistem em meras suposições que não podem respaldar a segregação.

Discorrem sobre sua tese e requerem a concessão de liminar, para que seja deferido à paciente o direito de recorrer em liberdade, ainda que mediante imposição de medidas cautelares diversas. No mérito, pleiteiam a concessão da ordem, confirmando-se a liminar.

É o Relatório.

Decido.

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, inciso LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

Inicialmente, cumpre ponderar que, nos autos do *habeas corpus* de nº 5016101-41.2019.4.03.0000, a E. Quinta Turma deste Tribunal, entendeu que seria caso de manutenção da prisão preventiva da paciente.

Após, a paciente foi condenada a uma reprimenda de 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 128 (cento e vinte e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na mesma sentença, a autoridade impetrada entendeu que seria caso de manutenção da prisão preventiva da paciente, em razão da necessidade de manutenção da ordem pública.

Consoante é possível inferir da sentença, o direito de apelar em liberdade foi negado porque a autoridade impetrada entendeu presentes os motivos para a manutenção da prisão preventiva, notadamente a necessidade de garantia da ordem pública, já que a paciente seria participante ativa do esquema de gerenciamento de dinheiro obtido através do contrabando de cigarros, sendo a principal responsável pelo gerenciamento dos recursos da organização.

Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso de apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, quando já houve a análise de todo o acervo probatório, tendo a autoridade impetrada concluído pela presença dos requisitos para a segregação.

Além disso, no que se refere à prisão preventiva decretada na sentença, importante ressaltar que tal medida tem cunho cautelar e excepcional, e deve ser decretada quando necessária à garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não se confundindo com a pena decorrente de sentença penal condenatória, onde o Estado busca a prevenção, retribuição e ressocialização do condenado.

No que toca ao regime inicial prisional, verifica-se que foi fixado na sentença o regime inicial fechado à paciente, muito embora a pena privativa de liberdade tenha ficado estabelecida em 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 7 (sete) dias de reclusão.

Vale ressaltar que a alteração do regime prisional inicial deverá ser suscitada pela defesa e devidamente apreciada no momento oportuno, isto é, em recurso de apelação, ocasião em que as provas serão discutidas com a profundidade necessária.

Nesse contexto, cumpre destacar que a atual orientação dos Tribunais Superiores é no sentido do descabimento do *habeas corpus* como substitutivo do recurso de apelação, como se depreende do seguinte julgado, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DETRAÇÃO PENAL, REGIME INICIAL, SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR, QUE INDEFERIU MEDIDA DE URGÊNCIA EM MANDAMUS ORIGINÁRIO. SÚMULA 691/STF. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. LIMINAR DEFERIDA APENAS NO TOCANTE AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE APELAÇÃO INTERPOSTA SIMULTANEAMENTE. WRIT ORIGINÁRIO JULGADO. ORDEM DENEGADA. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE COM FUNDAMENTO, APENAS, NO FATO DE O PACIENTE SER SOLTEIRO E DESEMPREGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A impetração busca o reconhecimento do direito à detração penal prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, fixação do regime inicial aberto de cumprimento da pena e substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão do direito de recorrer em liberdade. 2. Evidenciada a interposição simultânea do recurso de apelação, a análise da insurgência deve se limitar à negativa de o paciente recorrer em liberdade, pois os demais temas serão examinados pelo Tribunal a quo em cognição mais ampla, até porque não se admite, em regra, habeas corpus substitutivo do recurso adequado. 3. O presente writ foi impetrado contra decisão monocrática do relator, que indeferiu medida de urgência em mandamus originário (Súmula 691/STF). Verificado que o óbice foi superado na ocasião da análise liminar, tendo o Tribunal a quo, quando da apreciação do mérito da impetração originária, denegado a ordem, a liminar anteriormente deferida carece de confirmação, sob pena de restabelecimento do constrangimento ilegal. 4. No caso, o Juízo de primeiro grau, ao negar ao paciente o direito de recorrer em liberdade, não apresentou um elemento concreto, limitando-se a citar precedentes e a afirmar que o paciente não teria emprego e residência fixa no distrito da culpa, em dissonância ao mandamento previsto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal. 5. Writ não conhecido. De ofício, concedida a ordem de habeas corpus para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento do segundo grau de jurisdição.

(HC - HABEAS CORPUS - 477541 2018.02.93346-3, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:12/03/2019 ..DTPB:.)

Não vislumbro, portanto, patente ilegalidade ou abuso de poder a que esteja submetida a paciente.

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

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) N° 5032850-36.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

IMPETRANTE: GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARO, HELIO PEIXOTO JUNIOR, JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARO

PACIENTE: JOAO PEDRO PALHANO MELKE, CARLOS AUGUSTO MELKE FILHO

Advogado do(a) IMPETRANTE: JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ - SP246707

Advogado do(a) IMPETRANTE: JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ - SP246707

Advogado do(a) PACIENTE: JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ - SP246707

Advogado do(a) PACIENTE: JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ - SP246707

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JALES/SP - 1ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO VAGATOMIA

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Gustavo Badaró, Jennifer Badaró e Hélio Peixoto Júnior, em favor de JOÃO PEDRO PALHANO MELKE e CARLOS AUGUSTO MELKE FILHO, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Jales.

Consta da impetração que os pacientes foram alvos da Operação Vagatonia, relativa ao suposto comércio indevido de vagas para o curso de medicina no *campus* de Fernandópolis da Universidade Brasil, inclusive com fraudes na obtenção do FIES.

No decorrer das investigações, foram realizadas interceptações telefônicas de alguns dos investigados, assim como celebrado acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Juliana da Costa Silva.

Alegam os impetrantes que os pacientes teriam sido denunciados em três feitos apenas por serem advogados da Universidade Brasil e da família do então Reitor José Fernando Pinto da Costa.

Narram que foram recebidas duas denúncias em face dos pacientes, quais sejam: i) nos autos de nº 5001113-73.2019.4.03.6124, pela suposta prática do crime do artigo 2º, *caput*, c/c § 1º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13; e ii) nos autos de nº 5001114-58.2019.4.03.6124, pela suposta prática dos crimes do artigo 299, *caput*, Código Penal e do artigo 10, da Lei nº 7.347/85.

Aduzem que os recebimentos das iniciais seriam atos ilegais praticados pela autoridade coatora, visto que causaram evidente constrangimento ilegal aos pacientes.

Sustentam que as referidas ações penais careceriam de justa causa, visto que a atuação dos pacientes se deu nos limites da atuação como advogados da Universidade Brasil; inexistem elementos que corroborem a colaboração premiada; são atípicas as condutas imputadas nos autos de nº 5001114-58.2019.4.03.6124. E, assim, seria de rigor a suspensão do trâmite dos feitos para, ao final, ser determinado o seu trancamento.

Afirmam que é interesse da defesa demonstrar que os pacientes sempre atuaram de forma estritamente jurídica, de forma que não excederam os limites legais na condição de advogados defensores dos interesses da Universidade Brasil, do grupo e da família Costa.

Relatam que o escritório de advocacia MELKE PRADO foi contratado pelo Grupo Uniesp-AS e, posteriormente, pela Universidade Brasil para atuar em causas jurídicas específicas. Em meados de 2018, o Reitor José Fernando Pinto da Costa decidiu “terceirizar” toda a área jurídica da Universidade, tendo contratado o escritório para assumir todos os serviços jurídicos da instituição.

Narram os impetrantes como teria ocorrido a atuação dos pacientes após a instauração de Inquérito Civil pelo Ministério Público Federal para a apuração de supostas irregularidades na oferta de vagas do curso de medicina da Universidade Brasil, *campus* de Fernandópolis.

Houve, ainda, a deflagração da Operação Asclépio, em Assis, com cumprimento de mandados de busca e apreensão em desfavor de membros da Universidade Brasil. Na mesma data, o Reitor da instituição determinou a instauração de sindicância para apuração das irregularidades, sob a coordenação do escritório MELKE PRADO.

Argumentam que todas as informações prestadas pelos pacientes, em reuniões e peças processuais, teriam sido obtidas dos funcionários da Universidade Brasil, não tendo controle ou ingerência sobre tais dados.

Em face disso, suscitam a tese de que inexistente justa causa para o prosseguimento das ações penais nº 5001113-73.2019.4.03.6124 e nº 5001114-58.2019.4.03.6124.

Também alegam que as acusações formuladas estariam baseadas apenas nos depoimentos prestados pela colaboradora Juliana da Costa e Silva, o que não seria suficiente para o recebimento das iniciais acusatórias.

No que se refere às declarações de Ericson Dias Melo e Neide de Lourdes Ferreira da Silva, aduzem que não podem ser utilizadas como meio de prova, pois foram prestadas na qualidade de investigados, que se eximem da responsabilidade, atribuindo os fatos a terceiros.

Requerem, ainda, o reconhecimento da atipicidade das condutas imputadas em desfavor dos pacientes na ação penal de nº 5001114-58.2019.4.03.6124, pois inexistiriam os elementos obrigatórios para a configuração dos crimes do artigo 10, Lei 7.347/85 e do artigo 299, *caput*, do Código Penal.

Discorrem sobre suas teses e pleiteiam a concessão de liminar, para que seja suspenso o trâmite das ações penais de nº 5001113-73.2019.4.03.6124 e de nº 5001114-58.2019.4.03.6124, até julgamento do presente *writ*. No mérito, postulam a concessão da ordem, para que as referidas ações penais sejam trancadas.

Após, houve a juntada de petição intercorrente de ID 109015975, com a apresentação de cópia de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (ID 109020186).

É o Relatório.

Decido.

Os impetrantes almejam, em síntese, a suspensão de duas ações penais nas quais os pacientes restaram denunciados. E, no mérito, pretendem o trancamento de referidos feitos.

É sob esse prisma que se analisa a presente impetração.

Os pacientes foram denunciados, nos autos de nº 5001113-73.2019.4.03.6124, pela suposta prática do delito do artigo 2º, *caput*, c/c § 1º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13. Além disso, nos autos de nº 5001114-58.2019.4.03.6124, foram também denunciados pela suposta prática dos crimes do artigo 299, *caput*, Código Penal e do artigo 10, da Lei nº 7.347/85.

Em uma análise preliminar, própria do presente momento processual, não verifico os requisitos para a concessão do pedido liminar, pois alegações formuladas pelos impetrantes não podem ser dirimidas na estreita via do *habeas corpus*, tendo em vista sua aparente complexidade, que demandaria dilação probatória.

Com efeito, a denúncia descreve suficientemente a materialidade e os indícios de autoria dos crimes imputados aos pacientes, de forma que não exsurge clara a falta de justa causa para a ação penal como alegam os impetrantes. (doc/id 108341546, pgs. 113 a 117)

É importante também ponderar que, verificada a existência de fato que, em tese, configura crime, e havendo indícios de sua autoria, cabe ao representante do Ministério Público Federal oferecer denúncia com o fim de instaurar a respectiva ação penal, para, à luz dos princípios constitucionais e da legislação vigente, proceder à apuração dos fatos.

Portanto, não resulta evidente a alegada atipicidade dos fatos narrados na denúncia, ou a ausência de dolo dos acusados, de forma a se concluir pela falta de justa causa para a ação penal e seu trancamento *ab initio*.

Ainda, cabe salientar que, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestaram no sentido da excepcionalidade do trancamento da ação penal, como segue:

HABEAS CORPUS (...) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NO EXAME DE PROVAS - ORDEM DENEGADA.

(...)

2- O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do habeas corpus.

3- Se a denúncia descreve conduta típica, presumidamente atribuída ao réu, contendo elementos que lhe proporcionam ampla defesa, a ação penal deve prosseguir.

4- Ordem denegada.

(STJ, HC n. 89.119, Rel. Jane Silva, j. 25.10.07)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. A denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência dos crimes em tese (atentado violento ao pudor mediante violência presumida), bem como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal. Nesse contexto, não se afigura viável em sede de habeas corpus, sem o devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, inocular o Paciente da acusação, precipitando prematuramente o mérito.

(...)

4. Ordem denegada.

(STJ, HC n. 56.104, Rel. Min. Laurita Vaz, 13.12.07)

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL (...) - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NÃO CARACTERIZADA - DENÚNCIA DE ACORDO COM OS DITAMES DO ARTIGO 41 DO CPP - ELEMENTO SUBJETIVO - INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA EXCEPCIONAL DO WRIT - ORDEM DENEGADA.

1. A via estreita do habeas corpus não comporta análise aprofundada da matéria de prova veiculada na ação penal, prestando-se, apenas, ao exame de ilegalidades perceptíveis *prima facie* pelo julgador. Em razão disso, torna indispensável a existência de prova pré-constituída do alegado, para justificar a sua concessão. E o contrário não seria mesmo de se admitir; pois não seria aceitável que, ordinariamente, a decisão de trancamento da ação penal decorresse de um procedimento de natureza célere - como é o de habeas corpus - onde não se realiza uma cognição exauriente, em razão da urgência reclamada pelo bem jurídico que ali se busca tutelar.

2. É por isso que a decisão de trancamento da ação penal só deve sobrevir excepcionalmente, no âmbito do processo de habeas corpus.

3. Na hipótese dos autos, a denúncia atende aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, bem como, não se vislumbra as hipóteses previstas no artigo 43 daquele mesmo diploma legal. Assim, não procede o argumento do paciente, no sentido de que a denúncia é inepta, por descrever fato atípico.

(...)

5. A seu turno, a alegação de que o paciente não possuía dolo ao tempo da conduta não é de ser apreciada nesta via excepcional, haja vista que também demanda acurada análise de matéria probatória, o que é inviável neste processo, conforme já consignado.

6. Ordem denegada.

(TRF da 3ª Região, HC n. 2003.03.019644-6, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 24.11.03)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. ABANDONO DE POSTO [CPM, ART. 195]. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, justificando-se quando despontar; fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. 2. O habeas corpus não é a via processual adequada à análise aprofundada de matéria fático-probatória. Ordem indeferida. (HC 93143, EROS GRAU, STF).

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. ALCANCE. LIMITES INSTRUTÓRIOS DO HABEAS CORPUS. EXAME MINUCIOSO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. (...) 4. O trancamento de ação penal constitui medida reservada a hipóteses excepcionais, nelas se incluindo a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. Precedentes. 5. Ordem denegada. (HC 106271, CARMEN LÚCIA, STF).

Vê-se assim, que há a necessidade do prosseguimento feito para que, à luz do contraditório e da ampla defesa, as teses ora suscitadas sejam discutidas, com a devida análise da prova produzida no decorrer da instrução processual.

Nesse compasso, não vislumbro razão para o sobrestamento ou o trancamento das ações penais de nº 5001113-73.2019.4.03.6124 e de nº 5001114-58.2019.4.03.6124.

Dessa forma, ao menos por ora, não verifico constrangimento ilegal a ser reconhecido.

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

Comunique-se e requisitem-se as informações ao Juízo impetrado.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Int.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5031002-14.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

PACIENTE: JOSE LUIZ PERNA NETO

IMPETRANTE: CLAUDIO BRAGA MOTA

Advogado do(a) PACIENTE: CLAUDIO BRAGA MOTA - BA812B

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 1ª VARA FEDERAL, OPERAÇÃO GUAYO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Claudio Mota, em favor de JOSÉ LUIZ PERNA NETO contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Guarulhos nos autos de nº 0003635-13.2018.4.03.6119.

Consta da impetração que a Polícia Federal de São Paulo instaurou o Inquérito Policial 503/2017, para apurar o suposto envolvimento de indivíduos na prática dos crimes de tráfico transnacional de drogas e associação para o tráfico, relacionados com investigação em desfavor de Adilson de Souza Nunes. Contudo, o feito teria sido arquivado por falta de provas.

Posteriormente, com base em declarações prestadas por Marcos Vieira e para identificar outros indivíduos dedicados à remessa de entorpecente ao exterior, houve a instauração do IPL nº 348/2018 – DEAIN/SR/SP. No decorrer das investigações, a autoridade policial teria representado por diversas medidas, tais como busca e apreensão, prisão temporária e prisão preventiva.

De acordo com a autoridade policial, o paciente teria, em tese, integrado organização criminosa, razão pela qual representou por mandado de busca e apreensão em sua residência e por sua prisão temporária. A autoridade impetrada deferiu as medidas requeridas, após manifestação favorável do *Parquet*.

As medidas foram cumpridas em 06.11.2019. No dia 08.11.2019, a defesa formulou pedido de relaxamento da prisão temporária do paciente, em face da não realização de audiência de custódia, o que restou indeferido.

A defesa formulou então pedido de liberdade provisória (autos de nº 5009048-82.2019.4.03.6119), por não subsistirem os fundamentos para a manutenção da segregação cautelar. Entretanto, o pleito foi indeferido pela autoridade impetrada.

Alega o impetrante que a decisão que indeferiu o pedido não possui fundamentação idônea e concreta para a manutenção da cautelar, restando evidente o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Aduz que todo o contexto narrativo apresentado pelo órgão ministerial tem como objetivo apenas criar uma falsa aparência de gravidade acerca da suposta participação do paciente.

Argumenta que nenhum elemento justifica a imposição da segregação, especialmente pelo fato de que a liberdade do paciente não oferece qualquer risco para o regular andamento das investigações.

Sustenta que a conclusão da autoridade policial decorreu apenas de declarações prestadas por Marcos Vieira, pessoa investigada por aliciar transportadores de drogas e que decidiu colaborar com as investigações em troca de benefícios processuais.

Afirma que as conexões empreendidas pela autoridade policial e pelo Ministério Público Federal são absolutamente isoladas e insuficientes para demonstrar a efetiva participação do paciente em qualquer espécie de organização criminosa. No mesmo sentido, as ligações não seriam hábeis a evidenciar qualquer atualidade do envolvimento do paciente nos fatos investigados.

Ressalta a tese de que meras conjecturas seriam insuficientes para a decretação da segregação cautelar e, ainda, que o paciente já teve os seus bens pessoais apreendidos e já prestou declarações à autoridade policial.

Narra que o paciente é primário, possui bons antecedentes, atividade lícita, residência fixa, tem três filhos menores que dele são dependentes financeiramente.

Postula a conversão da prisão temporária em medida cautelar diversa da prisão, nos termos do que preceitua o artigo 319, do Código de Processo Penal.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que seja revogada a prisão temporária do paciente, ainda que com a imposição de medidas cautelares diversas. No mérito, pleiteia a concessão da ordem, confirmando-se o direito do paciente à liberdade provisória.

A liminar foi indeferida, conforme decisão de ID 107656023.

A autoridade impetrada prestou informações (ID 107726688).

O *Parquet*, representado pelo Exmo. Procurador Regional da República Eduardo Pelella, manifestou-se no sentido de que o presente *writ* estaria prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

É o Relatório.

Decido.

A presente impetração almeja, em síntese, a revogação da prisão temporária decretada em desfavor do paciente, ainda que mediante imposição de medidas cautelares diversas.

Ao prestar informações, a autoridade impetrada consignou que:

“(…)

Nesta data, foi requerido pela defesa do réu JOSÉ LUIZ PERNA NETO a concessão da revogação da prisão temporária, alegando não haver justificativa concreta para a manutenção da sua custódia cautelar. Sustenta possuir residência fixa, ser graduado em gastronomia e possuir dois vínculos de emprego, bem como três filhos menores de idade. Juntou documentos, bem como entregou seu passaporte.

Foi proferida decisão revogando a prisão temporária do investigado JOSÉ LUIZ PERNA NETO, decretando medidas cautelares (fls. 606/611).

(…)”.

A decisão que revogou a prisão temporária do paciente, com imposição de medidas cautelares alternativas foi juntada em ID 107726689.

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, julgo extinto o presente *writ* por perda superveniente do seu objeto.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Intime-se.

Decorridos os prazos legais, sem manifestações das partes, arquivem-se os autos.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) N° 5003174-27.2019.4.03.6181

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

IMPETRANTE: MILTON DE OLIVEIRA CAMPOS

PACIENTE: SIMMELL MARCIEL RESNER DE ALMEIDA

Advogado do(a) PACIENTE: MILTON DE OLIVEIRA CAMPOS - SP171388-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Milton de Oliveira Campos, em favor de SIMMELL MARCIEL RESNER DE ALMEIDA, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Bauru/SP nos autos de nº 0000541-56.2019.4.03.6108.

Consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante em 23.05.2019, pela suposta prática do crime do artigo 171, § 2º, III, do Código Penal, em sua forma tentada.

Houve a decretação da prisão preventiva do paciente, para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

A defesa formulou pedido de liberdade provisória, o que restou indeferido pela autoridade impetrada.

Alega o impetrante que a prisão preventiva tem caráter provisório e só se justifica caso fundamentada em uma das hipóteses do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Aduz que, nos processos em que se apura delito com reclusão, a instrução penal deverá ser encerrada no prazo máximo de 81 (oitenta e um) dias, sob pena de ser obrigatória a revogação da prisão cautelar.

Argumenta que, mesmo decorridos 144 (cento e quarenta e quatro) dias, não haveria notícia do término da instrução, o que configuraria excesso de prazo e, assim, o paciente estaria encarcerado indevidamente.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que a prisão preventiva do paciente seja revogada, com a expedição do respectivo alvará de soltura, em virtude do alegado excesso de prazo. No mérito, pleiteia a concessão da ordem, com a revogação da prisão em definitivo.

É o relatório.

Decido.

Do exame dos autos, verifico que as questões trazidas na presente impetração foram objeto dos habeas corpus de nº 5026949-87.2019.4.03.0000 impetrado em favor da paciente.

Ressalte-se, que, naquele *writ* a ordem foi parcialmente concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, a fim de substituir a prisão preventiva do paciente, por medidas cautelares diversas, a saber: a) comparecimento a todos os atos do processo; b) comparecimento mensal em juízo para justificar suas atividades; c) proibição de ausentar-se da cidade onde reside por mais de 15 dias sem autorização do juízo; d) obrigação de comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Desse modo, nos termos do art. 11, caput do Regimento Interno desta Corte, tratando-se de mera reiteração de pedido, com os mesmos fundamentos, seu indeferimento liminar é de rigor.

Por conseguinte, INDEFIRO LIMINARMENTE o presente *writ*.

Decorridos os prazos legais, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5033197-69.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
PACIENTE: THAYNARA CRISTINA SILVA
Advogado do(a) PACIENTE: BRUNA FERREIRA DA SILVA - MG193419
IMPETRADO: DOUTOR JUIZ ROBERTO POLLINI

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Thaynara Cristina Silva contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara de Três Lagoas (MS), nos Autos n. 5001789-93.2019.4.03.6003, que não dispensou a fiança arbitrada em 3,5 (três e meio) salários mínimos.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

- a) a paciente foi presa em flagrante no dia 18.12.19, sob a acusação de ter praticado os delitos previstos nos arts. 180, 304 e 311, todos do Código Penal, e 28 da Lei n. 11.343/2006;
- b) a autoridade coatora, na mesma data, concedeu a liberdade provisória da custodiada mediante o pagamento de fiança, arbitrada no valor de 3,5 (três e meio) salários mínimos, além de fixar outras medidas cautelares;
- c) o pedido de dispensa da fiança foi indeferido pela autoridade impetrada;
- d) a paciente, atualmente desempregada, e seus familiares são pobres, não possuindo condições financeiras de arcar com o pagamento do valor arbitrado;
- e) a hipossuficiência da paciente torna imperiosa a dispensa da fiança arbitrada, nos termos do art. 350 do Código de Processo Penal;
- f) a paciente é pessoa humilde, ré primária, possui residência fixa, não é pessoa perigosa e colaborou com a Autoridade Policial, não estando presentes os requisitos da prisão preventiva;
- g) requer, liminarmente, que a paciente seja dispensada do pagamento de fiança, concedendo-se a liberdade provisória sem fiança, e, no mérito, a concessão da ordem, confirmando-se a liminar (Id. n. 110097168).

Foram juntados documentos (Id. n. 110097169 a Id. n. 110097177 e Id. n. 110209882 a Id. 110209886).

Decido.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em 18.12.19 pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 180, 304 e 311, todos do Código Penal, e 28 da Lei n. 11.343/2006, por ter, em tese, apresentado Carteira Nacional de Habilitação falsa a Policiais Rodoviários Federais e estar na posse do veículo Fiat Strada, placas GET-6838, roubado e com sinais identificadores alterados, além de portar um cigarro de maconha pesando 0,10g (dez gramas).

A prisão em flagrante foi homologada e foi concedida liberdade provisória mediante fiança no valor de 3,5 (três e meio) salários mínimos e outras medidas cautelares.

A paciente requereu a isenção dos valores arbitrados a título de fiança, em virtude de sua hipossuficiência econômica.

O Ministério Público Federal manifestou-se desfavoravelmente à dispensa da fiança (Id. n. 110209885).

O Juízo *a quo* indeferiu o pedido, uma vez que a requerente demonstra certa capacidade econômica para fazer frente ao recolhimento, pois contratou escritório de advocacia para patrocinar seus interesses, é solteira e não tem filhos, e recentemente pagou R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de entrada na aquisição do veículo que foi apreendido (Id. n. 110209886).

O art. 326 do Código de Processo Penal estabelece que, para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

A pena máxima dos delitos, em tese, praticados, é superior a 4 (quatro) anos, o que enseja a aplicação do art. 325, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual a fiança será fixada, nessa hipótese, entre 10 (dez) e 200 (duzentos) salários mínimos. Acrescentam os incisos I e II do § 1º desse dispositivo que esse valor pode ser dispensado, na forma do art. 350 do Código de Processo Penal, ou reduzido até o máximo de 2/3 (dois terços).

No caso dos autos, verifica-se que o valor já foi reduzido para 3,5 (três e meio) salários mínimos.

Não há documentos que demonstrem a condição financeira precária da paciente a ponto de afastar a exigência de recolhimento de fiança (CPP, art. 350).

Apesar de não haver registro de vínculo trabalhista em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (Id. n. 110097177), a paciente afirmou em seu interrogatório perante a autoridade policial que comprou o veículo apreendido pelo valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), já tendo pago o montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de entrada (Id. n. 110097169, págs. 27/28), o que, a princípio, demonstra que a paciente possui outra fonte de renda.

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

Oportunamente, requisitem-se informações à autoridade impetrada.

Após, à Procuradoria Regional da República para parecer.

Comunique-se. Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 22 de dezembro de 2019.

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001476-47.2015.4.03.6105

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

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: NELSON ALESSE MARINS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001476-47.2015.4.03.6105

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

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: NELSON ALESSE MARINS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interno interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SÃO PAULO em face de decisão que negou provimento à apelação por ele interposta (ID 90014604).

Nas razões do agravo interno, o exequente sustenta a exigibilidade das anuidades na medida em que instituídas pela Lei nº 12.249/2010 (ID 93257321).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001476-47.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: NELSON ALESSE MARINS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson di Salvo, Relator:

Anoto que o artigo 21 do Decreto 9.295/46, com redação dada pela Lei nº 12.249/2010, apenas estabeleceu um limite à anuidade devida ao Conselho Regional de Contabilidade, todavia, a fixação do valor anual continuou a ser feita por meio de resolução.

No caso, conforme as certidões de dívida ativa de fls. 05/08 dos autos físicos, verifica-se que no campo fundamentação legal não consta referência à resolução que estabeleceu o valor devido a título de anuidade nos anos respectivos.

Conclui-se pela ausência de regularidade formal do título, no que diz respeito à cobrança veiculada nestes autos, por apresentar deficiente fundamentação legal, impedindo o amplo exercício do direito de defesa.

Desta forma, por ter sido a CDA elaborada em desconformidade com os requisitos exigidos pelo inciso III, § 5º, art. 2º da Lei nº 6.830/80, resta patente sua nulidade.

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO INTERNO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ANUIDADE. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO TÍTULO EXECUTIVO. IRREGULARIDADE FORMAL. NULIDADE RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Trata-se de apelação em execução fiscal ajuizada pelo conselho regional de corretores de imóveis - CRECI objetivando a satisfação de crédito relativo às anuidades profissionais dos anos de 2007/2010 e multa eleitoral de 2009. 2. Primeiramente, cumpre esclarecer que a anuidade exigida pela apelante possui natureza tributária, nos termos do art. 149, caput, da Constituição da República. Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeito ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, possuindo natureza jurídica tributária, não podendo ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução. 3. Nesse passo, o valor da anuidade de pessoa física devida ao CRECI a partir do ano de 2004 está fundamentada na Lei n.º 6530/78, art. 16 que, com as alterações promovidas pela Lei n.º 10.795 de 05/12/2003, estabeleceu como limite máximo da cobrança o patamar de R\$ 285,00 (duzentos e oitenta e cinco reais), admitindo-se correção anual pelo índice oficial de preços ao consumidor. Por sua vez, a mesma Lei n.º 10.795/2003 alterou o art. 11 da Lei n.º 6530/78 para estipular que a multa eleitoral seria cobrada em valor máximo equivalente ao da anuidade. 4. Portanto, a fixação anual do valor da anuidade e, conseqüentemente, da multa eleitoral, passou a ser feita através de Resolução emitida pelo Conselho Federal de Corretores de Imóveis - COFECI, desde que observado o limite previsto na legislação federal vez que, em princípio, tais resoluções não instituem ou majoram tributos. 5. Ocorre que, da análise das certidões da dívida ativa que embasam a exigência fiscal, verifico que no campo fundamentação legal não consta qualquer referência à Resolução que estabeleceu o valor devido a título de anuidade/multa eleitoral, mas tão somente à referida Lei n.º 6530/78, e ao decreto Lei n.º 81871/78, que a regulamentou. 6. Conclui-se, portanto, pela ausência de regularidade formal dos títulos no que diz respeito à cobrança veiculada nestes autos, por apresentarem deficiente fundamentação legal, impedindo assim o amplo exercício do direito de defesa. 7. Assim, por ter sido a CDA elaborada em desconformidade com os requisitos exigidos pelo inciso III, § 5º, art. 2º da Lei n.º 6.830/80, resta patente sua nulidade, bem reconhecida pelo r. Juízo a quo. 8. No mais, não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 9. Agravo Interno improvido.

(AC - 2226986 - TRF3, SEXTA TURMA, DES FED CONSUELO YOSHIDA - e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2017..FONTE_REPUBLICACAO).

Assim, o desprovinimento do apelo deve ser mantido por fundamento diverso.

Pelo exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO PROFISSIONAL. COBRANÇA DE ANUIDADES. AUSÊNCIA DE REGULARIDADE FORMAL DA CDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O artigo 21 do Decreto 9.295/46, com redação dada pela Lei nº 12.249/2010, apenas estabeleceu um limite à anuidade devida ao Conselho Regional de Contabilidade, todavia, a fixação do valor anual continuou a ser feita por meio de resolução.

2. Verifica-se das CDA's que no campo fundamentação legal não consta referência à resolução que estabeleceu o valor devido a título de anuidade nos anos respectivos. Conclui-se pela ausência de regularidade formal do título, no que diz respeito à cobrança veiculada nestes autos, por apresentar deficiente fundamentação legal, impedindo o amplo exercício do direito de defesa.

3. Desta forma, por ter sido a CDA elaborada em desconformidade com os requisitos exigidos pelo inciso III, § 5º, art. 2º da Lei nº 6.830/80, resta patente sua nulidade.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020619-78.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GVINAH INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS E PANIFICACAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A, RICARDO CHAMON - SP333671-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020619-78.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GVINAH INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS E PANIFICACAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A, RICARDO CHAMON - SP333671-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. V, do CPC/15, **negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa necessária, tida por interposta**, em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por GVINAH INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS E PANIFICACAO LTDA., objetivando assegurar o direito ao recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, sob o fundamento da inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência, bem como à compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, nos termos da legislação vigente. O pedido de liminar foi deferido. O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para reconhecer o direito da parte autora ao recolhimento do PIS e da COFINS sem o ICMS em sua base de cálculo, bem como a compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente, nos últimos 5 (cinco) anos, contados a partir da data do ajuizamento do presente feito, com atualização da Taxa Selic. A sentença não foi submetida à remessa necessária.

Em suas razões de agravo interno afirma a União que a decisão monocrática deve ser reformada, ao argumento que ainda se encontra pendente de julgamento no âmbito do Excelso Pretório os embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706. Alega que, não obstante a tese firmada em sede de repercussão geral (tema 69), no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, a apreciação do presente feito deve ser sobrestada até a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração. No mais, entende, ainda, a agravante, que é indevida a determinação para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições referenciadas.

Com as contrarrazões, em que a agravada requer a condenação da agravante ao pagamento da multa fixada no art. 1.021, §4º, do CPC/15, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5020619-78.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GVINAH INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS E PANIFICACAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ESTER GALHA SANTANA - SP224173-A, RICARDO CHAMON - SP333671-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos desde outubro de 2012, atualizados com a taxa Selic, após o trânsito em julgado.

A medida liminar foi deferida.

O r. juízo a quo denegou a segurança, julgando improcedente o pedido de exclusão do ICMS e do ISS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Acolhido os embargos de declaração opostos pela impetrante por erro material, fazendo constar na sentença a concessão da segurança para reconhecer o direito da impetrante de excluir o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da presente ação, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009.

Apelou a União Federal requerendo a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706. Alega, ainda, constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, opinando pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal, devendo a remessa necessária, tida por interposta, ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer; que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnson de Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johnson de Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar:

4. *Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.*

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 54281419).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

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

Intimem-se.

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigmático, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Afastada a condenação da parte agravante ao pagamento da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/15. Não se vislumbra a manifesta inadmissibilidade ou improcedência recursal, visto que a natureza e a complexidade da matéria debatida comportam a interposição do presente recurso. Inexiste conduta protelatória da parte agravante, especialmente diante da pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. ART. 1.021, §4º, CPC/15. NÃO INCIDÊNCIA.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no *decisum* monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
4. Analisando os fundamentos apresentados pelas agravantes não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
5. Afastada a condenação da parte agravante ao pagamento da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/15. Não se vislumbra a manifesta inadmissibilidade ou improcedência recursal, visto que a natureza e a complexidade da matéria debatida comportam a interposição do presente recurso. inexistente conduta protelatória da parte agravante, especialmente diante da pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706.
6. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003094-68.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: CHOPERIA GIOVANETTI DO ROSARIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003094-68.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: CHOPERIA GIOVANETTI DO ROSARIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interposto pela UNIÃO FEDERAL contra decisão terminativa que negou provimento a seu apelo e ao reexame necessário, reconhecendo o direito de a impetrante excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e de compensar débitos tributários (8983467).

A União aponta a necessidade de sobrestamento do feito e a contrariedade da decisão perante o paradigma utilizado, já que este não delimita o ICMS destacado como elemento a ser excluído. No ponto, defende que o ICMS a recolher seja excluído, obedecendo-se à metodologia “base contra base”. Quanto à matéria de fundo, defende a constitucionalidade da exação (90444424).

Contrarrazões (91835109).

É o relatório.

APELADO: CHOPERIA GIOVANETTI DO ROSARIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: GRAZIELA DE SOUZA JUNQUEIRA - SP177073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tornou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Como asseverado também, o julgado permite pronta aplicação, como apontado pela jurisprudência do STF e do STJ e a partir de entendimento já pacificado no STF de que o precedente firmado pelo plenário não exige o trânsito em julgado para surtir os devidos efeitos pelo Judiciário.

Noutro giro, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"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".

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mir^a. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Ressalvou-se no julgado também a aplicabilidade do *decisum* tanto no regime cumulativo quanto no regime não cumulativo do PIS/COFINS, mesmo na vigência da Lei 12.973/14, pois não trouxe substancial inovação à matéria. Registre-se que, ainda que a tivesse, sua disposição não poderia contrariar a tese fixada pelo STF – calcada no art. 195, I, b, da CF.

Logo, a decisão encontra guarida nos fundamentos expostos pela Suprema Corte no julgamento aqui utilizado como paradigma, já devidamente disponibilizados às partes e publicizados. Ademais, o Tribunal Regional Federal não é órgão capaz de *esclarecer* a vontade dos membros do STF proferida por eles na condição de julgadores.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001705-33.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSON DI SALVO
APELANTE: DEBORAH BRAGAGNOLO SPAULONCI XAVIER DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO FRANCISCO BRISOTTI - SP154160-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001705-33.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSON DI SALVO
APELANTE: DEBORAH BRAGAGNOLO SPAULONCI XAVIER DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO FRANCISCO BRISOTTI - SP154160-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por DEBORAH BRAGAGNOLO SPAULONCI XAVIER DA SILVEIRA, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 3/7/2019 que **negou provimento à apelação** interposta pela mesma, em face da sentença que julgou improcedente a ação interposta com vistas à condenação da UNIÃO ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Nas razões do presente AGRAVO, **DEBORAH BRAGAGNOLO SPAULONCI XAVIER DA SILVEIRA** reitera a tese de ocorrência de erro judicial na esfera trabalhista, ao não se resguardar o direito de meação da agravante no produto da alienação.

A UNIÃO apresentou contraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001705-33.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSON DI SALVO
APELANTE: DEBORAH BRAGAGNOLO SPAULONCI XAVIER DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO FRANCISCO BRISOTTI - SP154160-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

A r. decisão impugnada esclareceu devidamente que as decisões exaradas na Justiça do Trabalho consoante a interpretação dos magistrados acerca da legislação material e processual, foram devidamente fundamentadas e se encontram transitadas em julgado ou preclusas. Além disso, a autora/agravante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de dolo, fraude ou má-fé na prestação jurisdicional, o que afasta de plano a possibilidade de responsabilização da UNIÃO por danos materiais e morais.

Nesse sentido, foram colacionados precedentes das Cortes Regionais: TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1518410 - 0008914-03.2005.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 30/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2018; TRF 5ª Região, SEGUNDA TURMA, AC - Apelação Cível - 411769 2007.05.00.029253-6, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Data 01/07/2010 – Página 311.

Ainda, foi destacado excerto irretocável da r. sentença:

“Na hipótese, o que se verifica é que a parte autora pretende, através desta via, desconstituir a decisão trabalhista e recuperar o prejuízo sofrido, como forma de indenização por danos materiais e morais, o que não é possível, haja vista não ser viável rediscutir neste processo aquela matéria sob a mesma ótica.

A esse respeito, cumpre registrar que o MM. Juiz da Vara do Trabalho de Itu, em decisão proferida no processo 0018100-78.1998.5.15.0018 (Id 1952565 - pág. 61), consignou que o indeferimento do pedido da autora, de devolução do valor de sua meação referente à arrematação do imóvel, não se trata de erro judiciário, mas de decisão fundamentada que já foi inclusive objeto de recursos e com decisões já transitadas em julgado pelos Tribunais.

Desse modo, observa-se que a decisão preferida pelo magistrado trabalhista transitou em julgado e, portanto, tornou-se imutável e indiscutível, nos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil.

Assim, considerando que não restou demonstrado nos autos que a prestação jurisdicional efetivada pelo magistrado trabalhista estivesse eivada de dolo ou fraude, não há que se falar em erro judicial e, tampouco, em indenização por danos materiais e morais”.

Dessa forma, vislumbra-se claramente que os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão impugnada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por DEBORAH BRAGAGNOLO SPAULONCI XAVIER DA SILVEIRA, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 3/7/2019 que **negou provimento à apelação** interposta pela mesma, em face da sentença que julgou improcedente a ação interposta com vistas à condenação da UNIÃO ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

2. As decisões exaradas na Justiça do Trabalho consoante a interpretação dos magistrados acerca da legislação material e processual, foram devidamente fundamentadas e se encontram transitadas em julgado ou preclusas. Além disso, a autora/agravante não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de dolo, fraude ou má-fé na prestação jurisdicional, o que afasta de plano a possibilidade de responsabilização da UNIÃO por danos materiais e morais. Precedentes: TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1518410 - 0008914-03.2005.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 30/10/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/11/2018; TRF 5ª Região, SEGUNDA TURMA, AC - Apelação Cível - 411769 2007.05.00.029253-6, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Data 01/07/2010 – Página 311.

3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, **negou provimento ao agravo interno**, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DELTA INDUSTRIA CERAMICA LTDA,
Advogados do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE DE OLIVEIRA LOPES - SP333043-A, ANDRE FERREIRA ZOCCOLI - SP131015-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002601-09.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DELTA INDUSTRIA CERAMICA LTDA,
Advogados do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE DE OLIVEIRA LOPES - SP333043-A, ANDRE FERREIRA ZOCCOLI - SP131015-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de agravo interno interposto pela União contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a inexigibilidade do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS e restringir a compensação com contribuições previdenciárias.

Pretende a ora agravante a reforma da decisão monocrática, alegando que os embargos de declaração opostos ao RE 574.706 ainda se encontram pendentes de julgamento no âmbito do Excelso Pretório, devendo ser suspenso o presente feito até a publicação do acórdão dos referidos embargos; sustenta, ainda, ser indevida a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições mencionadas.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002601-09.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DELTA INDUSTRIA CERAMICA LTDA,
Advogados do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE DE OLIVEIRA LOPES - SP333043-A, ANDRE FERREIRA ZOCCOLI - SP131015-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi assim fundamentada:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, sem pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos) anteriormente ao protocolo do presente mandamus e durante o seu trâmite, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, calculando-se o crédito com aplicação da taxa SELIC.

O r. juízo a quo concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizando a compensação dos valores indevidamente recolhidos, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença, observada a prescrição. Sem condenação em honorários advocatícios. Sentença submetida ao reexame necessário, na forma do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Apelou a União requerendo a suspensão do feito até o julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 574.706/PR. Alega a ausência de comprovação dos recolhimentos indevidos. Alega, ainda, constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins. Requer, ainda, que não seja concedido o direito de compensação ao impetrante, tendo em vista a ausência de comprovação dos recolhimentos.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, opinando pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à apelação da União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e A100008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perflhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johanson de Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.

4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 1782534).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

*Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).*

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

Intimem-se.

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irresignação da ora agravante.

No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno**.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA.

1. Aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Ausente motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001215-62.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Erro de interpretação na linha: '

{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}

': java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

APELADO: SUPPORT COMERCIAL DISTRIBUIDORA E SERVICOS LTDA.

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: ILANA RENATA SCHONENBERG BOLOGNESE - SP114022-A, MARCELO

BOLOGNESE - SP173784-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001215-62.2018.4.03.6114

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPPORT COMERCIAL DISTRIBUIDORA E SERVICOS LTDA.

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) APELADO: ILANA RENATA SCHONENBERG BOLOGNESE - SP114022-A, MARCELO

BOLOGNESE - SP173784-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de agravo interno interposto pela União contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a inexigibilidade do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS e restringir a compensação com contribuições previdenciárias.

Pretende a ora agravante a reforma da decisão monocrática, alegando que os embargos de declaração opostos ao RE 574.706 ainda se encontram pendentes de julgamento no âmbito do Excelso Pretório, devendo ser suspenso o presente feito até a publicação do acórdão dos referidos embargos; sustenta, ainda, ser indevida a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições mencionadas.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001215-62.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPPORT COMERCIAL DISTRIBUIDORA E SERVICOS LTDA.
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: ILANA RENATA SCHONENBERG BOLOGNESE - SP114022-A, MARCELO BOLOGNESE - SP173784-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi assim fundamentada:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos) anteriormente ao protocolo do presente mandamus e durante o seu trâmite, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, calculando-se o crédito com aplicação da taxa SELIC.

A medida liminar foi deferida.

O r. juízo a quo concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, direito de compensação das quantias indevidamente recolhidas a tais títulos nos cinco anos que precedem o ajuizamento da Impetração, segundo os critérios e procedimentos expostos no art. 74 da Lei nº 9.430/96 e art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95, mediante fiscalização da Autoridade Impetrada. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Apelou a União Federal requerendo a suspensão do presente feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União nos autos do RE nº 574.706/PR. Requer, ainda, a reforma da sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, opinando pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à apelação da União Federal, devendo a remessa necessária, tida por interposta, ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS e do ISS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.

4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 6429212).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

*Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, nego provimento à apelação e **dou parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).*

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

Intimem-se.

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irresignação da ora agravante.

No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigmático, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno**.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA.

1. Aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Ausente motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007120-90.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: BUS SERVICOS DE AGENDAMENTO S.A.

Advogado do(a) APELADO: EINAR ODIN RUI TRIBUCI - SP269793-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007120-90.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: BUS SERVICOS DE AGENDAMENTO S.A.

Advogado do(a) APELADO: EINAR ODIN RUI TRIBUCI - SP269793-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de agravo interno interposto pela União contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. V, do CPC/15, negou provimento à apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a inexigibilidade do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS e restringir a compensação com contribuições previdenciárias.

Pretende a ora agravante a reforma da decisão monocrática, requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito, no tocante ao ISS, até o final julgamento do RE 592.616, pelo C. STF; no mais, alega que os embargos de declaração opostos ao RE 574.706 ainda se encontram pendentes de julgamento no âmbito do Excelso Pretório, devendo ser suspenso o presente feito até a publicação do acórdão dos referidos embargos; sustenta, ainda, ser indevida a exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições mencionadas.

Com contrarrazões, vieramos autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007120-90.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: BUS SERVICOS DE AGENDAMENTO S.A.
Advogado do(a) APELADO: EINAR ODIN RUI TRIBUCI - SP269793-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi assim fundamentada:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, com pedido de liminar; impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como compensar ou repetir o indébito dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos) anteriormente ao protocolo do presente mandamus e durante o seu trâmite, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, calculando-se o crédito com aplicação da taxa SELIC.

A medida liminar foi deferida.

O r. juízo a quo concedeu a segurança reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizando a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos 5 (cinco) anos anteriores a propositura da presente ação, ou seja, a partir de 26/03/2013, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem condenação em honorários advocatícios. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a União Federal alegando a devida inclusão do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal deixou de opinar sobre o mérito, em razão da ausência do interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal, devendo a remessa oficial ser parcialmente provida.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS.

Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ISS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.

4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 3570562).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS e do ISS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **nego provimento à apelação da União Federal e dou parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

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

Intimem-se.

Dos fundamentos supramencionados, não prospera a irresignação da ora agravante.

Inicialmente, deve ser afastada a matéria preliminar arguida, uma vez que o reconhecimento da existência de repercussão geral sobre o tema (RE 592.616), sem a determinação de suspensão nacional, no tocante ao objeto do feito, não constitui impedimento ao julgamento deste recurso.

No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706, estendido ao ISS, por identidade de razões.

Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **rejeito a matéria preliminar e nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

E M E N T A

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706. SOBRESTAMENTO DO FEITO SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 592.616, SEM DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO NACIONAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Afastada a matéria preliminar arguida, uma vez que o reconhecimento da existência de repercussão geral sobre o tema (RE 592.616), sem a determinação de suspensão nacional no tocante ao objeto do feito, não constitui impedimento ao julgamento deste recurso.

2. Aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*, exclusão estendida também ao ISS nas mesmas bases de cálculo, por identidade de razões.

3. Desnecessário aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

4. Ausente motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

5. Matéria preliminar rejeitada. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000700-34.2018.4.03.6144

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GDS MARCAS DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE FERREIRA MESQUITA - GO31827-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000700-34.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GDS MARCAS DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE FERREIRA MESQUITA - GO31827-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, IV e V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, em mandado de segurança impetrado por GDS MARCAS DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA., como objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconhecer o seu direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos a esses títulos, a contar dos 5 anos anteriores ao ajuizamento da presente ação em diante, com aplicação da taxa SELIC e juros de mora de 1% ao mês.

Na sentença, o r. juízo *a quo* concedeu a segurança para determinar a exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, autorizando o recolhimento das contribuições sem a inclusão deste tributo. Reconhecido, ainda, o direito à compensação dos valores recolhidos em excesso, nos últimos cinco anos, com incidência da Selic. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Em decisão ID Num. 63549287, foi negado provimento à apelação e dado parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

A União interpôs agravo interno, requerendo a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706/PR. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS; o ICMS, como tributo indireto, integra o preço do produto e, se este é pago pelo adquirente ao alienante, ele (o preço) ingressa totalmente no patrimônio do vendedor, inclusive a parcela correspondente ao ônus tributário; sendo o ICMS tributo indireto, repassado para “dentro” do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas; no caso, a COFINS e o PIS/PASEP.

Sem contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000700-34.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GDS MARCAS DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO HENRIQUE FERREIRA MESQUITA - GO31827-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

Especificamente no que tange à discussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnson dos Santos / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Pelo que se observa dos fundamentos apresentados nas razões do agravo interno, não prospera a irresignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.
4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5017849-15.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: QUINTA DO MARQUES JARDINS RESTAURANTE LTDA
Advogado do(a) APELADO: FELIPE GAZOLA VIEIRA MARQUES - MS17213-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5017849-15.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: QUINTA DO MARQUES JARDINS RESTAURANTE LTDA
Advogado do(a) APELADO: FELIPE GAZOLA VIEIRA MARQUES - MG76696-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, IV e V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, em mandado de segurança impetrado por QUINTA DO MARQUES JARDINS RESTAURANTE LTDA., como objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconhecer o seu direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos a esses títulos, a contar dos 5 anos anteriores ao ajuizamento da presente ação em diante, com aplicação da taxa SELIC.

Na sentença, o r. juízo *a quo* concedeu a segurança para determinar a exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, autorizando o recolhimento das contribuições sem a inclusão deste tributo. Reconhecido, ainda, o direito à compensação dos valores recolhidos em excesso, nos últimos cinco anos, com incidência da Selic. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Em decisão ID Num. 63544217, foi negado provimento à apelação e dado parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

A União interpôs agravo interno, requerendo a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706/PR. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS; o ICMS, como tributo indireto, integra o preço do produto e, se este é pago pelo adquirente ao alienante, ele (o preço) ingressa totalmente no patrimônio do vendedor, inclusive a parcela correspondente ao ônus tributário; sendo o ICMS tributo indireto, repassado para “dentro” do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas; no caso, a COFINS e o PIS/PASEP.

Com as contrarrazões vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5017849-15.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: QUINTA DO MARQUES JARDINS RESTAURANTE LTDA
Advogado do(a) APELADO: FELIPE GAZOLA VIEIRA MARQUES - MG76696-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

Especificamente no que tange à discussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Pelo que se observa dos fundamentos apresentados nas razões do agravo interno, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000402-21.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: FABRICA DE IDEIAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FELIPE DE TOLEDO PIERONI - SP208414-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FABRICA DE IDEIAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ FELIPE DE TOLEDO PIERONI - SP208414-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000402-21.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: FABRICA DE IDEIAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FELIPE DE TOLEDO PIERONI - SP208414-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FABRICA DE IDEIAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ FELIPE DE TOLEDO PIERONI - SP208414-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, do CPC/15, deu provimento à apelação da impetrante, negou provimento à apelação da União e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), em mandado de segurança impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos), com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa Selic.

Em suas razões de agravo interno, a União afirma que a questão ainda se encontra pendente de julgamento no âmbito do Excelso Pretório, tendo em vista a interposição dos embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706.

Ademais, a r. decisão ora agravada, ao dar provimento à apelação da Impetrante, acolheu o pedido de que o ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS corresponde ao destacado na nota fiscal, entendimento contrário aquele a ser definido pela Corte Suprema.

Alega, ainda, a União, que não há como se determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS sem sequer identificar de qual ICMS se está a falar. Não há sentido em iniciar milhares liquidações de sentença sem que se tenha um critério uniforme para concretizar a tese firmada.

A parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher, tendo os embargos de declaração sido opostos justamente para evitar conflitos decorrentes de interpretações equivocadas, mediante análise isolada de trechos do julgado, justificando-se, destarte, o sobrestamento deste feito.

Com contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000402-21.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: FABRICA DE IDEIAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIZ FELIPE DE TOLEDO PIERONI - SP208414-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FABRICA DE IDEIAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LUIZ FELIPE DE TOLEDO PIERONI - SP208414-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa Selic.

A medida liminar foi deferida.

O r. juízo a quo concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009. Sentença submetida ao reexame necessário, na forma do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Apelou a impetrante requerendo a reforma parcial da sentença para afastar definitivamente a exigência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre o valor do ICMS destacado na nota-fiscal de saída.

Apelou a União Federal requerendo a suspensão do feito até o julgamento dos Embargos de declaração no RE nº 574.706. Requer a constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, opinando pelo não provimento à apelação da União e pelo provimento da apelação da impetrante.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Assiste razão a impetrante. Não assiste razão à União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. *É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.*

4. *Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais vistas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.*

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 59761784).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

*Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **dou provimento à apelação da impetrante, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).*

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Relativamente ao debate acerca de qual rubrica do ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, melhor sorte não merece a irrisignação da União no seu agravo interno. Ademais, para que seja excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins apenas o ICMS efetivamente recolhido ao fisco estadual, tenho que descabe a esta Relatoria impor qualquer restrição ou balizamento ao quanto decidido pelo Excelso Pretório. Nesse sentido já decidiu esta C. Turma:

DESNECESSIDADE DE ESCLARECER "QUAL" ICMS DEVE SER EXPURGADO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. O julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. LIMITE COGNITIVO DO TRF. O Tribunal Regional Federal não é órgão capaz de esclarecer a vontade dos membros do STF proferida por eles na condição de julgadores (EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johansom di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018).

Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no *decisum* monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

4. Relativamente ao debate acerca de qual rubrica do ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, melhor sorte não merece a irrisignação da União no seu agravo interno. Ademais, para que seja excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins apenas o ICMS efetivamente recolhido ao fisco estadual, tenho que descabe a esta Relatoria impor qualquer restrição ou balizamento ao quanto decidido pelo Excelso Pretório. Precedentes desta C. Turma.

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pelas agravantes não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003138-12.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GEOFIX ENGENHARIA FUNDACOES E ESTAQUEAMENTO SOCIEDADE EMPRESARIA LTDA.
Advogado do(a) APELADO: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003138-12.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GEOFIX ENGENHARIA FUNDACOES E ESTAQUEAMENTO SOCIEDADE EMPRESARIA LTDA.
Advogado do(a) APELADO: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de agravo interno interposto pela União contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. V, do CPC/15, **negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), restando prejudicado o pedido preliminar.

O recurso de apelação foi interposto em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado como objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como restituir ou compensar os valores indevidamente recolhidos, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, respeitando os prazos decadenciais e prescricionais, após o trânsito em julgado. A medida liminar foi deferida. O r. juízo *a quo* concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, considerando prescritos os créditos recolhidos efetuados há mais de 5 (cinco) anos, contados a partir do ajuizamento da ação, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 12.016/2009. Sentença submetida ao reexame necessário, na forma do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Pretende-se a reforma da decisão monocrática ao argumento que ainda encontra-se pendente de julgamento no âmbito do Excelso Pretório os embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706. Alega que, não obstante a tese firmada em sede de repercussão geral (tema 69), no sentido de que *o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*, a apreciação do presente feito deve ser sobrestada até a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração; que não há fundamento plausível para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, conseqüentemente, o mesmo ocorre em relação ao caso do ISS, que igualmente não deve ser excluído das bases de cálculos daquelas exações. Ainda no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, informa que a matéria é objeto do RE nº 592616, com repercussão geral reconhecida, razão pelo qual impõe-se a suspensão do presente feito até o final de seu julgamento.

A agravada, intimada, não apresentou as suas contrarrazões. Após, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003138-12.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GEOFIX ENGENHARIA FUNDACOES E ESTAQUEAMENTO SOCIEDADE EMPRESARIA LTDA.
Advogado do(a) APELADO: BRAULIO DA SILVA FILHO - SP74499-A

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como restituir ou compensar os valores indevidamente recolhidos, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, respeitando os prazos decadenciais e prescricionais, após o trânsito em julgado.

A medida liminar foi deferida.

O r. juízo a quo concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, considerando prescritos os créditos recolhidos efetuados há mais de 5 (cinco) anos, contados a partir do ajuizamento da ação, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 12.016/2009. Sentença submetida ao reexame necessário, na forma do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Apelou a União Federal requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706. Alega, ainda, a constitucionalidade da inclusão do ISS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins. Quanto à compensação, insurge-se contra a possibilidade desta ser efetuada com débitos previdenciários.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal deixou de opinar sobre o mérito, em razão da ausência do interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal e à remessa necessária.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnson de Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johnson de Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.

4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 69492333).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

*Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), restando prejudicado o pedido preliminar.*

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

Intimem-se.

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irresignação da ora agravante. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo *a quo*. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional, conforme segue:

TRIBUÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ISS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 240.785, já havia manifestado entendimento no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/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.

- Cabe ressaltar que o v. acórdão eletrônico foi publicado em 02/10/2017 (DJe-223).

- Anote-se que a recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica. Precedente (g.n.).

(...)

-Apelação provida.

AGRAVO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO, À CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO, APLICANDO DESDE JÁ A TESE FIXADA PORQUANTO IDÊNTICA A SITUAÇÃO JURÍDICA DO PIS/COFINS INCIDENTE SOBRE VALORES DE ICMS E DE ISS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há viabilidade para a suspensão do julgamento deste feito, à conta do resultado de evento futuro e incerto. Na singularidade do caso, a ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS") - perfeitamente aplicável ao ISS, em sendo idêntica a situação -, de modo que tornou-se de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa (g.n.).

2. No âmbito do STJ o resultado do RE 574.706/PR já provocou o realinhamento da jurisprudência dessa Corte, que está aplicando a decisão do STF (AgInt no REsp 1355713/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017 - AgInt no AREsp 380.698/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017) até mesmo em sede de embargos de declaração (EDcl no AgRg no AREsp 239.939/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017) e de decisões unipessoais (AgInt no AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.105/PB, j. 06/06/2017, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 02/08/2017).

3. Mais que tudo, no próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente da publicação de acórdão ou de trânsito em julgado dessa decisão. Confiram-se as seguintes decisões unipessoais: ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017 - RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017 - RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017 - RE 363988, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28/04/2017, publicado em DJe-093 DIVULG 04/05/2017 PUBLIC 05/05/2017

4. A jurisprudência firmada na Suprema Corte a respeito da matéria (RE nº 574.706/PR e RE nº 240.785/MG) deve ser aplicada, eis que caracterizada a violação, pelo acórdão rescindendo, do art. 195, I, da Constituição Federal, sendo mister reconhecer à autora o direito de não se submeter à tributação do PIS/COFINS com a inclusão do ISS em sua base de cálculo (g.n.).

(...)

(6ª Turma, Des. Fed. Rel. Johanson Di Salvo, Ap 0013474-90.2016.403.6100, j. 19/04/18, e-DJF3 27/04/18)

Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).

Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS. RE nº 592616-RS (ISS). RE 574.706-PR (ICMS) JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no *decisum* monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
3. Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da agravante. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.
4. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
5. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
6. Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo *a quo*. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresse acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional.
7. Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).
8. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
9. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVANTE: CENTRO TRASMONTANO DE SAO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMEIRI DE FATIMA SANTOS - SP141750
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009568-66.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
AGRAVANTE: CENTRO TRASMONTANO DE SAO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMEIRI DE FATIMA SANTOS - SP141750
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou o seguro garantia ofertado pela executada e deferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros eventualmente existentes nas contas bancárias da executada, até o limite do débito de R\$ 331.714,84, mediante convênio BACENJUD (fls. 164/169 dos autos originários – ID 52651591, p. 1/6).

A execução fiscal (nº 0055086-24.2014.403.6182) foi ajuizada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) em face de Centro Transmontano de São Paulo, em setembro/2014, para cobrança de débito inscrito em dívida ativa no valor originário de R\$ 245.853,52.

Afirma a agravante/executada que o Juízo *a quo* indeferiu o seguro garantia ofertado ao fundamento de que o documento não atendeu a requisitos da Portaria PGF nº 440/2016, determinando, assim, a penhora de ativos financeiros, pelo sistema BACENJUD, no valor de R\$ 331.714,84 (atualizado para setembro/2018).

Sustenta a nulidade da decisão agravada, pois não foi devidamente fundamentada, já que não declina quais requisitos não foram preenchidos. Argumenta que o seguro oferecido atende a todos os requisitos previstos na Portaria PGF nº 440/2016 e por isso não pode ser recusado.

Alega a presença de contradição na decisão agravada, na medida em que o Juízo *a quo* teria mencionado, ao se reportar à manifestação da ANS (de rejeição ao seguro garantia), numeração de folhas não correspondente, ou seja, na qual não existe petição da exequente.

Aduz que foi bloqueado o valor de R\$ 996.321,10, indisponibilidade que não se sustenta, pois se trata de valor muito superior ao do débito atualizado (R\$ 338.654,52).

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso para o fim de receber o seguro garantia ofertado como garantia do juízo da execução e determinar a liberação da integralidade do valor bloqueado junto às instituições financeiras pelo sistema BACENJUD.

Pleiteia, subsidiariamente, a liberação do valor excedente ao débito atualizado (R\$ 338.654,52), requerendo sejam liberados os valores bloqueados junto ao Banco do Brasil e ao Itaú, ressaltando que sobre o valor bloqueado junto ao Bradesco não incorre qualquer causa de impenhorabilidade.

Requer, ao final, o provimento do agravo de instrumento para que seja aceito o seguro garantia como garantia do juízo da execução, determinando-se, assim, a liberação da integralidade dos valores bloqueados.

Emplanteio judicial foi indeferida a tutela antecipada recursal.

Processado o agravo, sem contraminuta, embora devidamente intimada para tanto a parte agravada, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009568-66.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
AGRAVANTE: CENTRO TRASMONTANO DE SAO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMEIRI DE FATIMA SANTOS - SP141750
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Prejudicado o pedido da agravante para que seja liberado o valor excedente ao débito atualizado, pois, em consulta ao sistema de andamento processual da Justiça Federal, na internet, verifica-se que o Juízo *a quo*, em despacho proferido em 25/04/2019, determinou o desbloqueio dos valores constrictos excedentes ao valor executado (execução fiscal nº 0055086-24.2014.403.6182).

Não assiste razão à agravante.

Afasto alegação no sentido de que a decisão agravada não foi devidamente fundamentada, pois é suficiente a argumentação lançada pelo Juízo *a quo*, afirmando que a garantia apresentada não atende aos requisitos da Portaria PGF nº 440/2016. Da leitura das manifestações da exequente e da executada, a respeito da garantia ofertada e seus aditamentos, é possível denotar a veracidade da afirmação trazida na decisão agravada, conforme será exposto, mais adiante, nesse voto.

Também não há que se falar em contradição da decisão agravada. De fato, o juízo de primeira instância equivocou-se ao mencionar a manifestação da exequente de fls. 141/142, já que nas folhas mencionadas não há petição da agravada. Assim, a numeração de folhas de fato não corresponde.

No entanto, do compulsar dos autos verifica-se em quais páginas dos autos encontram-se as manifestações da exequente que, de fato, conforme relato do Juízo *a quo*, sustentou, em três ocasiões, que a garantia apresentada não preenchia requisitos da Portaria PGF 440/2016.

Não havendo prejuízo à defesa, não há que se falar em nulidade, já que a premissa é legítima, ainda que mencionada erroneamente a paginação.

Também não há que se falar em nulidade (ofensa ao devido processo legal) por conta da ausência de intimação da agravante para adequar a apólice de seguro ou defender sua legitimidade.

Depois de apresentar nos autos a primeira apólice de seguro (nº 54-0775-23-01302560, fls. 61/83 dos autos originários, ID nº 52647475, fls. 22/44), a agravante/executada foi intimada por duas vezes para aditar o seguro garantia, adequando o mesmo às exigências legais (fls. 98 e 130 dos autos originários - ID 52647475, fls. 59 e ID 52647477, fls. 27).

Em cumprimento aos despachos, a executada apresentou petições juntando as novas apólices supostamente adequadas às exigências legais (fls. 100/116 dos autos originários e fls. 132/153 - ID 52647477, fls. 29/50).

No entanto, quando da manifestação a respeito da terceira versão do seguro garantia apresentado pela executada, a exequente anotou que a apólice ainda não preenchia os requisitos, explicitando o seguinte:

a) consta da apólice uma data futura para o início de vigência do seguro, qual seja, 06/10/2020 (fls. 137 dos autos originários, ID 52647477 - Pág. 34);

b) consta do seguro cláusula prevendo extinção da garantia em caso de parcelamento (cláusula 7, fls. 145, 52647477 - pág. 42);

c) está previsto na apólice cláusula (nº 1.1 – considerações) prevendo que o seguro garantia é oferecido para débito inscrito em dívida ativa da União e do FGTS, que não é o caso (fls. 146, 52647477 - pág. 43).

E, da leitura do documento, verifica-se assistir razão à exequente.

Diante desse cenário a exequente não aceitou a garantia apresentada e pleiteou a penhora de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, o que foi deferido pelo Juízo *a quo*.

Não há que se falar, portanto, em ofensa ao contraditório e tampouco que o seguro oferecido atende aos requisitos previstos na Portaria PGF nº 440/2016 e por isso não pode ser recusado.

No mais, é certo que, conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC, art. 620), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC, art. 612).

No caso concreto a exequente não aceitou o seguro garantia oferecido pela executada, primeiro porque não preenchia os requisitos da Portaria PGF 440/2016 e, em segundo lugar, em face da não observância da ordem de preferência prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80. E, assim sendo, pleiteou a penhora *on line* de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, o que foi deferido pelo Juízo de primeira instância.

Como é sabido, tanto a exequente, como o próprio Juiz, não estão obrigados a aceitar a nomeação à penhora levada a efeito pelo agravante.

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC que a executada não tem direito subjetivo à aceitação do bem nomeado à penhora, *verbis*:

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.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhora do 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 penhora do 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.

(STJ: REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

De acordo com o disposto no art. 655 do CPC/73 (art. 835, § 1º, do CPC/2015), com a redação dada pela Lei nº 11.382/2006, a penhora em dinheiro é preferencial, sendo que não há necessidade do esgotamento das diligências visando à localização de bens passíveis de penhora.

A orientação jurisprudencial do STJ consolidou-se no sentido de considerar como marco temporal a alteração do Código de Processo Civil levada a efeito pela Lei nº 11.382/2006 (nova redação dada ao art. 655), sendo dispensável a comprovação de esgotamento das diligências em pedido de penhora *on line* efetuado após a entrada em vigor da referida legislação (REsp 1101288/RS, entre outros).

E, em julgamento unânime aos 12/06/2010, a Primeira Seção da Corte Especial acolheu os embargos de divergência (EREsp 1052081/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 26/05/2010), emacórdão assimementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON-LINE. CONVÊNIO BACEN JUD. MEDIDA CONSTRITIVA POSTERIOR À LEI Nº 11.382/2006. EXAURIMENTO DAS VIAS EXTRAJUDICIAIS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESNECESSIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras foram incluídos como bens preferenciais na ordem de penhora e equiparados a dinheiro em espécie, tornando-se prescindível o exaurimento das vias extrajudiciais dirigidas à localização de bens do devedor para a constrição de ativos financeiros por meio do sistema Bacen Jud, informando a sua utilização nos processos em curso o tempo da decisão relativa à medida constritiva.

2. Embargos de divergência acolhidos.

Além disso, o STJ, em julgamento do recurso representativo de controvérsia RESP 1156668 (Relator Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJe 10/12/2010), esclareceu que o seguro garantia (ou fiança bancária) não se equipara a depósito judicial, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN.

No mesmo sentido, precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. NOMEAÇÃO DE BENS A PENHORA. RECUSA DO EXEQUENTE. ORDEM LEGAL NÃO RESPEITADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. 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 CPC, 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.

2. 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.

3. 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. Precedentes.

4. O exequente não é obrigado a aceitar a apólice de seguro-garantia ofertada, ainda mais quando justificada sua recusa em atendimento à estrita legalidade das normas às quais está vinculado. Precedentes do C. STJ e desta E. Corte.

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3, 3ª Turma, AI 5017065 68.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Antonio Carlos Cedenho, julgado em 28/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 de 03/04/2019)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL – SEGURO GARANTIA – DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – PENHORA ELETRÔNICA: REGULARIDADE – APENSAMENTO DAS EXECUÇÕES FISCAIS: PRINCÍPIO DA CELERIDADE.

1. A partir da modificação legislativa introduzida pela Lei Federal nº 13.043/14, dinheiro, fiança bancária e seguro garantia foram equiparados, como meio eficazes de garantia.

2. A apólice de seguro garantia não cumpre os requisitos legais: não foi provada a idoneidade da empresa seguradora.

3. Em execução fiscal, a penhora de dinheiro é prioritária e, a partir da vigência da Lei Federal nº. 11.382/06, prescinde do esgotamento de diligências, para a identificação de outros ativos integrantes do patrimônio do executado.

4. A penhora eletrônica é regular.

5. A reunião dos processos concretiza o princípio da celeridade (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). É uma faculdade do Magistrado.

6. O excesso no bloqueio não foi analisado no Juízo de 1º grau de jurisdição. Não pode ser verificado nesta Corte, sob pena de supressão de instância.

7. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3, 6ª Turma, AI 5002718 64.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto, julgado em 06/02/2018, e - DJF3 Judicial 1 de 09/02/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NESTLE. APÓLICE DE SEGURO GARANTIA. LEI. Nº 6.830/80. ART. 835, DO CPC. BLOQUEIO VIA BACENJUD. LEI. Nº 11.382/06. ORDEM LEGAL NÃO RESPEITADA.

1 - É certo que, conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC/2015, art. 805), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC/2015 art. 797).

2 - No caso em exame, a agravante, devidamente citada, ofereceu à penhora apólice de seguro garantia (ID 9811026 dos autos originários) o que foi recusado pela exequente, que, por seu turno, requereu o prosseguimento da execução com o rastreamento e bloqueio de valores eventualmente existentes, em nome da executada, em instituições financeiras mediante o sistema BACENJUD (ID 10535378).

3 - Como é sabido, tanto a exequente como o próprio Juiz não estão obrigados a aceitar a nomeação à penhora levada a efeito pela agravante.

4 - Cumpre observar que, de acordo com o disposto no § 1º do art. 835 do CPC/2015 (CPC/73, art.655), a penhora em dinheiro é preferencial, não havendo necessidade do esgotamento das diligências visando à localização de bens passíveis de penhora.

5 - A orientação jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de considerar dispensável a comprovação de esgotamento das diligências em pedido de penhora on line efetuado desde a entrada em vigor da Lei n. 11.382/06, que alterou a redação do art. 655 do CPC/73 (REsp n.º 1.101.288/RS, entre outros).

6 – Agravo de Instrumento improvido e Embargos de Declaração prejudicados.

(TRF3, 6ª Turma, AI 5009889-04.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, julgado em 09/08/2019, e -DJF3 Judicial 1 de 21/08/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE VALORES PENHORADOS POR SEGURO GARANTIA. EXCESSIVA ONEROSIDADE COM A PENHORA NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A execução fiscal encontra-se garantida mediante penhora sobre ativos financeiros efetivada pelo sistema BACENJUD.

2. Conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC/2015, art. 805), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC/2015 art. 797).

3. Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia e a fiança bancária foram incluídos no rol das garantias enumeradas no art. 9º da Lei de Execuções Fiscais.

4. O art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, prescreve que, em qualquer fase do processo, será deferido ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

5. Contudo, a Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas execuções fiscais, a substituição de depósito em dinheiro por fiança bancária somente é admitida em situações excepcionais, quando estiver comprovada a onerosidade excessiva da construção. Precedente: EREsp 1.077.039/RJ, Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 09/02/2011, DJe 12/04/2011.

6. No caso concreto, a sociedade executada não indica situação que demonstraria a onerosidade excessiva da penhora do dinheiro, limitando-se a requerer a substituição da penhora sobre ativos financeiros por seguro garantia.

7. Agravo de instrumento não provido.

(TRF3, 6ª Turma, AI 5023061-81.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, julgado em 29/04/2019, Intimação via sistema 15/07/2019)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AFASTADA NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA. ANS. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. SEGURO GARANTIA (APÓLICE). NÃO ACEITAÇÃO PELA EXEQUENTE. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA PORTARIA PGF 440/2016. PENHORA *ON LINE* DE ATIVOS FINANCEIROS PELO SISTEMA BACENJUD. LEGALIDADE. ARTIGOS 612 E 655 DO CPC/73.

1. Prejudicado o pedido para que seja liberado o valor excedente ao débito. O pedido já foi atendido pelo Juízo de primeira instância.
2. A decisão agravada está suficientemente fundamentada, afirmando que a garantia apresentada não atende aos requisitos da Portaria PGF 440/2016. Também não há que se falar em contradição. O fato de constar da decisão paginação errônea não a torna nula, pois não se verificou prejuízo à defesa, não havendo que se falar em nulidade, portanto.
3. Também não há que se falar em nulidade (ofensa ao devido processo legal) por conta da ausência de intimação da agravante para adequar a apólice de seguro ou defender sua legitimidade. A executada foi devidamente intimada por duas ocasiões para aditar o seguro garantia, adequando-o às exigências legais.
4. A executada juntou aos autos novas versões da apólice, porém as mesmas ainda não preenchem devidamente os requisitos exigidos.
5. Diante desse cenário a exequente não aceitou a garantia apresentada e pleiteou a penhora de ativos financeiros pelo sistema BACENJUD, o que foi deferido pelo Juízo *a quo*.
6. Não há que se falar, portanto, em ofensa ao contraditório e tampouco que o seguro oferecido atende aos requisitos previstos na Portaria PGF nº 440/2016.
7. Conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC, art. 620), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC, art. 612).
8. No caso concreto a exequente não aceitou o seguro garantia oferecido pela executada, pois não preenchia os requisitos da Portaria PGF 440/2016 e, ainda, em face da não observância da ordem de preferência prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80.
9. Tanto a exequente, como o próprio Juiz, não estão obrigados a aceitar a nomeação à penhora levada a efeito pelo agravante. Precedentes.
10. De acordo com o disposto no art. 655 do CPC (redação da Lei 11.382/2006), a penhora em dinheiro é preferencial, sendo que não há necessidade do esgotamento das diligências visando à localização de bens passíveis de penhora.
11. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de considerar como marco temporal a alteração do CPC levada a efeito pela Lei nº 11.382/2006 (nova redação dada ao art. 655), sendo dispensável a comprovação de esgotamento das diligências em pedido de penhora *on line* efetuado após a entrada em vigor da referida legislação.
12. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

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.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019072-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RBV SUPERMERCADO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019072-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: RBV SUPERMERCADO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, em mandado de segurança impetrado por RBV SUPERMERCADO EIRELI, como objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como o direito de compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa Selic.

Na sentença, o r. juízo *a quo* concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, calculando-se o crédito obedecendo ao disposto no Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009. Sentença sujeita ao reexame necessários, de acordo como art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009.

Em decisão ID Num. 50941480, foi negado provimento à apelação e dado parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

A União interpôs agravo interno, requerendo a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706/PR. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins; sendo o ICMS tributo indireto, repassado para “dentro” do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas; no caso, a COFINS e o PIS/PASEP; se o constituinte almejasse que as contribuições que financiam a Seguridade Social incidissem somente sobre o lucro das empresas, deduzidos todos os custos, inclusive os tributários, não teria separado, nas alíneas b e c do inciso I do art. 195 da Lei Magna, as bases impositivas “receita ou faturamento”, dum lado, e “lucro”, de outro.

Requer “a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do referido julgamento” (ID Num. 67984797 - Pág. 12).

Com as contrarrazões vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5019072-03.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: RBV SUPERMERCADO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

Especificamente no que tange à discussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johanson de Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Pelo que se observa dos fundamentos apresentados nas razões do agravo interno, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

Em face de todo o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002898-64.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TAKEMATSU MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002898-64.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TAKEMATSU MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. art. 932, IV e V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado objetivando assegurar o direito ao recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, sob o fundamento da inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência, bem como à compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título, nos termos da legislação vigente. O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido para reconhecer o direito da parte autora ao recolhimento do PIS e da COFINS sem o ICMS em sua base de cálculo, bem como a compensação ou restituição dos valores pagos indevidamente, observada a prescrição quinquenal, com atualização da Taxa Selic.

Após a interposição de apelo pela União e a submissão à remessa necessária, a sentença foi parcialmente reformada para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias, nos termos do art. 26-A da Lei nº 11.457/07.

Em suas razões de agravo interno afirma a União que a decisão monocrática deve ser reformada, ao argumento que ainda se encontra pendente de julgamento no âmbito do Excelso Pretório os embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706. Alega que, não obstante a tese firmada em sede de repercussão geral (tema 69), no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, a apreciação do presente feito deve ser sobrestada até a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração. No mais, entende, ainda, a agravante, que é indevida a determinação para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições referenciadas.

Com as contrarrazões, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELADO: TAKEMATSU MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação em mandado de segurança, com pedido de liminar; impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconhecer o seu direito de compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a esses títulos, a contar dos 5 anos anteriores ao ajuizamento da presente ação em diante.

O r. juízo a quo concedeu a segurança para determinar a exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, autorizando o recolhimento das contribuições sem a inclusão deste tributo. Reconhecido, ainda, o direito à compensação dos valores recolhidos em excesso, nos últimos cinco anos, com incidência da Selic. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apelou a União alegando a necessidade de aguardar o julgamento definitivo do RE nº 574.706/PR. Requer, ainda, a reforma da sentença. Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Com contrarrazões requerendo a manutenção da r. sentença, subiram os autos a este E. Tribunal.

Manifestou-se o Ministério Público Federal, opinando pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. *É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar:*

4. *Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.*

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio, nos termos de seu contrato social (id 48068331).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos do ajuizamento do presente feito.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, IV e V, do CPC/15, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

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

Intimem-se.

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irresignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Relativamente ao debate acerca de qual rubrica do ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, melhor sorte não merece a irresignação da impetrante no seu agravo interno. Ademais, para que seja excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins apenas o ICMS efetivamente recolhido ao fisco estadual, tenho que descabe a esta Relatoria impor qualquer restrição ou balizamento ao quanto decidido pelo Excelso Pretório. Nesse sentido já decidiu esta C. Turma:

DESNECESSIDADE DE ESCLARECER "QUAL" ICMS DEVE SER EXPURGADO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. O julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. LIMITE COGNITIVO DO TRF. O Tribunal Regional Federal não é órgão capaz de esclarecer a vontade dos membros do STF proferida por eles na condição de julgadores (EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johanson de Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no *decisum* monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
4. Relativamente ao debate acerca de qual rubrica do ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, melhor sorte não merece a irrisignação da União no seu agravo interno. Ademais, para que seja excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins apenas o ICMS efetivamente recolhido ao fisco estadual, tenho que descabe a esta Relatoria impor qualquer restrição ou balizamento ao quanto decidido pelo Excelso Pretório. Precedentes desta C. Turma.
5. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
6. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000324-82.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: METTLER - TOLEDO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO SOARES VIANNA - SP244332-A
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 20 de dezembro de 2019

Destinatário: APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: METTLER - TOLEDO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

O processo nº 5000324-82.2017.4.03.6144 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

A(s) parte(s) deverá(ão) ser intimada(s) de que a referida sessão será realizada exclusivamente por meio eletrônico, em conformidade com a Portaria nº 2 de 03/10/2017, da Presidência desta Sexta Turma, devendo eventual discordância, relativamente ao julgamento virtual, ser manifestada no prazo de 05 (cinco) dias, advertindo-a(s) de que a objeção implicará no adiamento para a sessão presencial seguinte, independentemente de nova intimação.

Sessão de Julgamento

Data: 23/01/2020 14:00:00

Local: Ambiente Virtual - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001060-23.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA METALURGICA ARITA LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE SUSSUMU IIZUKA - SP154013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001060-23.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDUSTRIA METALURGICA ARITA LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE SUSSUMU IIZUKA - SP154013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Trata-se de agravo interno interposto pela União contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. IV, do CPC/15, negou provimento à apelação.

Pretende a ora agravante a reforma da decisão monocrática, alegando que os embargos de declaração opostos ao RE 574.706 ainda se encontram pendentes de julgamento no âmbito do Excelso Pretório, devendo ser suspenso o presente feito até a publicação do acórdão dos referidos embargos; sustenta, ainda, ser indevida a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições mencionadas.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001060-23.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDUSTRIA METALURGICA ARITA LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE SUSSUMU IIZUKA - SP154013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi assim fundamentada:

Trata-se de apelação em ação de rito ordinário, com pedido de tutela de urgência, ajuizada com o objetivo de assegurar à autora o direito de compensar os valores de PIS e COFINS, que incidiram sobre o ICMS, pagos indevidamente, à partir de 16 de abril de 2012, respeitado o prazo quinquenal, acrescidos de correção monetária plena, por meio da aplicação da variação acumulada da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, com futuros débitos do mesmo tributo, com fundamento nos artigos 66, da Lei nº 8.383/91; e 74, da Lei nº 9.430/96; e 1º, do Decreto nº 2.138/97, impedindo qualquer procedimento administrativo tendente a puni-la pela prática da compensação, ressalvado o direito da ré de averiguar a idoneidade dos cálculos e dos procedimentos compensatórios, bem como a anulação do débito fiscal.

A tutela de urgência foi deferida em parte para autorizar a autora a excluir o ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS quanto às parcelas vincendas.

O r. juízo a quo julgou extinto sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, inciso IV, c.c. o artigo 324, ambos do Código de Processo Civil, o pedido de declaração de nulidade de débitos de PIS e COFINS calculados sobre o ICMS eventualmente constituídos em face da autora; julgou procedente o pedido de declaração do direito da autora à compensação, após o trânsito em julgado, dos valores recolhidos a título de PIS e COFINS, no que calculadas sobre o ICMS, desde 16/04/2012. A correção monetária dos créditos far-se-á do pagamento indevido com aplicação apenas da Taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95, que embute a correção monetária e os juros. Os honorários advocatícios, devidos pela União, serão definidos mediante a aplicação dos percentuais mínimos previstos nos incisos do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil, sobre o valor atualizado da causa, observado o disposto no § 5º do mesmo dispositivo legal. Sentença não sujeita ao duplo grau obrigatório (art. 496, § 4º, II do CPC).

Apelou a União Federal para pleitear o conhecimento e a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso de apelação e, ato contínuo, o seu provimento, para que seja reformada a r. sentença recorrida.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e A100008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ART. 49, DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12/2002). ART. 21, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 210, DE 1º/10/2002. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Acórdão a quo que, afastando a preliminar de prescrição, autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do FINSOCIAL com a COFINS e a CSL.

(...)

5. A posição firmada pela Egrégia 1ª Seção é que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que em seu artigo 49 alterou o artigo 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

6. O referido art. 74 passou a expor: "o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-la na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão".

7. Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: "o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos sob a administração da SRF".

8. In casu, apesar de o FINSOCIAL envergar espécie diferente e natureza jurídica diversa da CSL, ambos de destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, face à nova legislação que rege a espécie, podendo, pois, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.

9. A compensação deverá ser efetuada nos exatos termos estabelecidos pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02, bem como pela IN/SRF nº 210, de 30/11/2002, observando-se, principalmente, não excluídos os demais comandos legais e normativos, o seguinte:

-a) o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração daquele Órgão;

-b) a aludida compensação será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados;

-c) poder-se-ão utilizar, na mencionada compensação, créditos que já tenham sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento encaminhado à SRF, desde que referido pedido se encontre pendente de decisão administrativa à data do encaminhamento da "Declaração de compensação".

-d) declarada a compensação, ficará obrigada a Secretaria da Receita Federal a extinguir o crédito tributário, sob a condição resolutória de sua ulterior homologação.

10. Precedentes desta Corte Superior:

11. Recurso não provido.

(Primeira Turma, REsp n.º 491505, Rel. Min. José Delgado, DJU 02/06/03)

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do CPC/15, **nego provimento à apelação.**

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

Intimem-se.

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da ora agravante.

No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Ainda nos termos do julgado paradigma, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johansomdi Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018.

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA.

1. Aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Ausente motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000457-66.2017.4.03.6131

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANIVALDO PARISE & IRMAO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: THIAGO BUENO FURONI - SP258868-A, EDILSON RICARDO PIRES THOMAZELLA - SP227792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000457-66.2017.4.03.6131

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANIVALDO PARISE & IRMAO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: THIAGO BUENO FURONI - SP258868-A, EDILSON RICARDO PIRES THOMAZELLA - SP227792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa necessária em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ANIVALDO PARISE & IRMAO LTDA - EPP como objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos) anteriormente ao protocolo do presente *mandamus* e durante o seu trâmite, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, calculando-se o crédito com aplicação da taxa SELIC.

Na sentença, o r. juízo *a quo* concedeu parcialmente a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença, observada a prescrição. Sem honorários, nos moldes do artigo 25 da Lei n. 12.016/2009. A r. sentença submetida ao reexame necessário.

Em decisão ID Num. 28833338, foi negado provimento à apelação e dado parcial provimento à remessa oficial, apenas para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias, observado o disposto no art. 26-A, Lei nº 11.457/07.

A União interpôs agravo interno, aduzindo, em síntese, que: se encontra pendente de julgamento no âmbito do Excelso Pretório os embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706, de modo que a apreciação do presente feito deve ser sobrestado; não existe regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS; o ICMS devido não traduz quantia sobre a qual o produtor não possui disponibilidade, sendo um custo de produção, como qualquer outro; o valor devido em decorrência da incidência do ICMS é um custo próprio da atividade econômica, cuja variação pode ser (ou não) repassada a terceiros ou pode provocar impactos positivos ou negativos na margem de lucro de determinado negócio; o entendimento abrigado gera consequências manifestamente inconstitucionais (seletividade invertida, novo foco de conflito federativo e impactos na redistributividade dinâmica da economia, forçando o Estado brasileiro a aumentar alíquotas de tributos, a compensar a redução da base de cálculo e/ou reduzir gastos na seguridade social; endividar-se ou deixar que a inflação realize o ajuste necessário).

Requer "*seja provido o Agravo, reformando-se a monocrática, com o objetivo de manter sobrestado o processo, até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento de tal recurso*" (ID Num. 33897430 - Pág. 16).

Com as contrarrazões vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000457-66.2017.4.03.6131

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANIVALDO PARISE & IRMAO LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: THIAGO BUENO FURONI - SP258868-A, EDILSON RICARDO PIRES THOMAZELLA - SP227792-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

Especificamente no que tange à discussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à apelação da União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johanson de Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Pelo que se observa dos fundamentos apresentados nas razões do agravo interno, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

Em face de todo o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031456-61.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOGEST CONSULTORIA E GESTAO EMPRESARIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031456-61.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOGEST CONSULTORIA E GESTAO EMPRESARIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. IV, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

Em suas razões de agravo interno, a União afirma que não se pode aplicar o precedente relativo ao ICMS para excluir o ISS da base de cálculo do PIS e da Cofins, mormente considerando a existência do RE 592.616/RS, tema 118, de repercussão geral, devendo ser determinado o sobrestamento do feito até decisão final.

Outrossim, inobstante aqui se trate de pedido de exclusão do ISS - de TESE DIVERSA da discutida no referido RE 574.706, encontra-se pendente o julgamento dos embargos de declaração interpostos pela União.

Entende, ainda, a agravante, que é indevida a determinação para a exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins, que incidem sobre o faturamento e receita bruta, pois plenamente válida, legal e legítima a inclusão do ISS acoplado ao preço do produto ou serviço na base de cálculo das contribuições.

Com as contrarrazões vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031456-61.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOGEST CONSULTORIA E GESTAO EMPRESARIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, atualizados pela taxa Selic.

A medida liminar foi deferida.

Or. juízo a quo concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Sentença submetida ao reexame necessário, na forma do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Apelou a União Federal requerendo o sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do RE nº 574.706. Requer, ainda, a reforma da sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal deixou de opinar sobre o mérito, em razão da ausência do interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigmático, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johanson de Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johanson de Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.

4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 64208448).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Assim, por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS, mesmo havendo julgamento do E. STJ em sentido contrário (Resp 1141065/SC), já que anterior ao quanto decidido pelo Supremo.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ISS. RE 574.706-PR EXTENSÃO DO JULGADO. IDENTIDADE DE RAZÕES. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

2. Assim, por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS, mesmo havendo julgamento do E. STJ em sentido contrário (Resp 1141065/SC), já que anterior ao quanto decidido pelo Supremo.

3. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

4. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

5. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020418-82.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
AGRAVANTE: S.E.R GLASS VIDROS BLINDADOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDSON ALMEIDA PINTO - SP147390-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020418-82.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
AGRAVANTE: S.E.R GLASS VIDROS BLINDADOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDSON ALMEIDA PINTO - SP147390-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, em face de decisão proferida pelo r. Juízo da 2ª Vara Federal de São Bernardo do Campo que recebeu os embargos à execução opostos sem determinar a suspensão da execução fiscal originária (ID Num. 88801718 - Pág. 59/62).

Pretende a agravante a reforma da r. decisão agravada, alegando, em síntese, que os bens oferecidos à penhora são suficientes para a garantia da execução, conforme as notas fiscais juntadas aos autos originários; que a compreensão majoritária dos Tribunais e do Superior Tribunal de Justiça é em que pese no procedimento conduzido pela Lei de Execuções Fiscais seja exigida a garantia prévia do juízo, em razão desta mesma determinação, a concessão do efeito suspensivo é automática.

Requer seja concedido efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal.

Versam os autos originários dos Embargos à Execução nº 0000347-38.2019.403.6114, em que o embargante, ora agravante, pleiteia o recebimento dos embargos com efeito suspensivo, nos termos do disposto no art. 919, §1º, do CPC e, como pedido final: *requer sejam recebidos os presentes Embargos para que sejam acolhidas as preliminares, a fim de extinguir a Execução sem julgamento do mérito ante a: (i) inépcia da inicial por falta de indicação de todos os fatos e fundamentos e em razão da nulidade da certidão de dívida ativa por ausência dos requisitos legais, verdadeira afronta ao artigo 319 do Código de Processo Civil; Subsidiariamente, no mérito: (i) Seja reduzida a penalidade aplicada, vez que viola a vedação ao confisco (art. 150, IV, CRFB/88)* [ID Num. 88801716 –Pág. 15)

Processado o recurso como indeferimento da antecipação da tutela recursal pleiteada (ID Num. 90208722).

Comcontraminuta (ID Num. 97122610).

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020418-82.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
AGRAVANTE: S.E.R GLASS VIDROS BLINDADOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDSON ALMEIDA PINTO - SP147390-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão ao agravante.

O art. 1.019, inc. I, do CPC/2015, autoriza o relator a conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento, ou, ainda, deferir, em antecipação de tutela, a pretensão recursal.

A concessão do efeito suspensivo requer a presença concomitante dos requisitos previstos no parágrafo único do art. 995 do CPC/2015, quais sejam, a probabilidade de provimento do recurso e o perigo da demora, consubstanciado na existência de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

No que concerne à antecipação da tutela recursal, a parte interessada visa exatamente obter a providência que lhe foi negada pela decisão recorrida, de modo que é seu o ônus de demonstrar os requisitos inerentes às tutelas provisórias, como previsto nos arts. 294 a 311 do CPC/2015.

Consoante o art. 300 do CPC/2015, a tutela de urgência é medida processual de caráter excepcional, podendo ser concedida pelo juiz somente se preenchidos os pressupostos legais, quais sejam, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, o requerente deve demonstrar a probabilidade de existência do direito sustentado. Nesse sentido, vale lembrar os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que se encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder a tutela provisória.

(Novo Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 394)

A par da probabilidade do direito, deve o requerente também evidenciar o perigo de dano concreto, grave e iminente, ou ainda o risco de comprometimento ao resultado útil do processo. Em comentários ao citado dispositivo, ao se referir ao sentido de "urgência", José Miguel Garcia Medina explica:

A cognição, face à urgência, é sumária não apenas quanto à existência do direito que se visa proteger (cf. comentário supra), mas, também, quanto ao próprio perigo. Aqui, entram em jogo, dentre outros fatores, saber se é mesmo provável que o dano poderá vir a acontecer caso não concedida a liminar; se sua ocorrência é iminente, se a lesão é pouco grave ou seus efeitos são irreversíveis, se o bem que o autor pretende proteger tem primazia sobre aquele defendido pelo réu (o que envolve a questão atinente à importância do bem jurídico, como se diz infra) etc.

(Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 508)

Já foi proferida decisão liminar nestes autos, cujo teor transcrevo (ID Num. 90208722):

Nesse juízo preliminar, não diviso os requisitos que possibilitam a antecipação da tutela recursal, nos termos dos art. 1019 I c/c art. 294 do Código de Processo Civil/2015.

Consoante o disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80, o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária à Lei de Execuções Fiscais, sendo que esta nada dispõe acerca dos efeitos em que devem ser recebidos os embargos à execução fiscal.

De outra parte, dispõe o art. 919, caput, e seu §1º, do CPC/2015:

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Os embargos do executado não têm efeito suspensivo, o que demonstra que a mera oposição destes não tem o condão de suspender o curso da execução, que poderá prosseguir normalmente.

Tratando-se de norma processual, o disposto no art. 919 deverá ter aplicação imediata, incidindo nas ações de execução fiscal em regular tramitação.

Remanesce, no parágrafo primeiro de referido artigo, assim como anteriormente previsto no §1º do art. 739-A do CPC/1973, a possibilidade de ser conferido efeito suspensivo aos embargos, desde que preenchidas as condições ali exigidas, ou seja, requerimento do embargante, presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória e garantia do juízo.

A r. decisão agravada esclareceu que:

“Dessa forma, ainda que garantido integralmente o Juízo na forma do artigo 16, 1º, da Lei 6.830/80, e, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo os presentes Embargos à Execução Fiscal, mas sem a concessão de efeito suspensivo, haja vista que não demonstrado o risco de dano grave, difícil ou incerta reparação, por força do prosseguimento do executivo fiscal, tão pouco a demonstração de relevância do direito invocado” (ID Num. 88801718 - Pág. 62)

Como se vê, o R. Juízo a quo entendeu que o juízo estava garantido, porém não verificou a presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória.

Do resumo das alegações apresentadas no relatório dessa decisão, a agravante apenas sustentou a suficiente da garantia ofertada, não trazendo em razões de agravo de instrumento qualquer fundamentação quanto à probabilidade do direito.

Desse modo, mantenho a decisão agravada.

*Em face do exposto, **INDEFIRO** a antecipação da tutela recursal (CPC/2015, art. 1019, I).*

Em face de todo o exposto, mantendo as razões da decisão supra transcritas, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL SEM EFEITO SUSPENSIVO. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 919, §1º DO CPC NÃO DEMONSTRADOS.

1. No que concerne à antecipação da tutela recursal, a parte interessada visa exatamente obter a providência que lhe foi negada pela decisão recorrida, de modo que é seu o ônus de demonstrar os requisitos inerentes às tutelas provisórias, como previsto nos arts. 294 a 311 do CPC/2015.

2. Consoante o art. 300 do CPC/2015, a tutela de urgência é medida processual de caráter excepcional, podendo ser concedida pelo juiz somente se preenchidos os pressupostos legais, quais sejam, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

3. Os embargos do executado não têm efeito suspensivo, o que demonstra que a mera oposição destes não tem o condão de suspender o curso da execução, que poderá prosseguir normalmente.

4. Tratando-se de norma processual, o disposto no art. 919 deverá ter aplicação imediata, incidindo nas ações de execução fiscal em regular tramitação.

5. Remanesce, no parágrafo primeiro de referido artigo, assim como anteriormente previsto no §1º do art. 739-A do CPC/1973, a possibilidade de ser conferido efeito suspensivo aos embargos, desde que preenchidas as condições ali exigidas, ou seja, requerimento do embargante, presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória e garantia do juízo.

6. Na hipótese dos autos, do resumo das alegações apresentadas no relatório dessa decisão, a agravante apenas sustentou a suficiência da garantia ofertada, não trazendo emrazões de agravo de instrumento qualquer fundamentação quanto à probabilidade do direito ou *demonstrado o risco de dano grave, difícil ou incerta reparação, por força do prosseguimento do executivo fiscal.*

7. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 26/12/2019 904/996

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017364-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

AGRAVANTE: FRANCISCO ELRISDENIS BATISTA COSTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FRANCISCO ELCIGLEIVON BATISTA COSTA - DF51862

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017364-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

AGRAVANTE: FRANCISCO ELRISDENIS BATISTA COSTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FRANCISCO ELCIGLEIVON BATISTA COSTA - DF51862

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela, em face de decisão proferida pelo R. Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande que, em mandado de segurança, indeferiu a liminar objetivando assegurar a inscrição no processo seletivo visando ao estágio de serviço técnico (EST) para profissionais de nível superior 2020, regido pelo Aviso de Convocação para seleção ao serviço militar temporário nr 4 - SSMR/9, de 12 de junho de 2019 (ID 19090389 dos autos originários).

Pretende o agravante a reforma da r. decisão agravada, alegando, em síntese, que o Comandante da 9ª Região Militar, com sede em Campo Grande, publicou aviso de convocação para seleção ao serviço militar temporário – nº4 SSMR/9; que o ato convocatório citado no item nº 5, denominado Dos Requisitos Exigidos Visando Estágio de Serviço Técnico – EST, letra “S”, afirma que o candidato não deve possuir, até a data da sua incorporação (2020), mais de 5 anos de tempo total de serviço prestado a Órgão Público; que a restrição não adveio de lei ordinária, mas sim da Portaria nº46-DGP, de 27 de março de 2012, norma hierarquicamente inferior, não tendo, portanto, legitimidade para produzir aludida distinção.

Requer a “*antecipação de tutela recursal para fins de obrigar o impetrado a deferir a inscrição do impetrante, tendo em vista que o mesmo pretende participar do processo seletivo do aviso de convocação para seleção ao serviço militar temporário nº 4 –SSMR/9, de 12 de junho de 2019, além de lhe assegurar, caso seja selecionado, a participação nas demais fases*” (ID Num. 77004039 - Pág. 12).

Versam os autos originários do Mandado de Segurança nº 5005036-91.2019.4.03.6000, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS, acerca da inscrição no processo seletivo visando ao estágio de serviço técnico (EST) para profissionais de nível superior 2020, regido pelo Aviso de Convocação para seleção ao serviço militar temporário nr 4 - SSMR/9, de 12 de junho de 2019 em que o impetrante, ora agravante, pleiteia: *A concessão da medida liminar para fins de obrigar o impetrado a deferir a inscrição do impetrante, tendo em vista que o mesmo pretende participar do processo seletivo do aviso de convocação para seleção ao serviço militar temporário nº 4 – SSMR/9, de 12 de junho de 2019, além de lhe assegurar, caso seja selecionado, a participação nas demais fases, assim, como lhe garantir uma futura incorporação nas fileiras da força terrestre;*

E, como pedido final: *Que seja julgado procedente os pedidos ou convertida em decisão definitiva (de mérito), a liminar pedida no tópico acima, caso a mesma seja concedida;*

Processado o recurso como deferimento da antecipação da tutela recursal pleiteada (ID Num. 89367476).

Comcontraminuta (ID Num 90192361).

O Ministério Público Federal se manifestou pelo provimento do recurso (ID Num 95080432).

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017364-11.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

AGRAVANTE: FRANCISCO ELRISDENIS BATISTA COSTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FRANCISCO ELCIGLEIVON BATISTA COSTA - DF51862

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Assiste razão ao agravante.

O art. 1.019, inc. I, do CPC/2015, autoriza o relator a conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento, ou, ainda, deferir, em antecipação de tutela, a pretensão recursal.

A concessão do efeito suspensivo requer a presença concomitante dos requisitos previstos no parágrafo único do art. 995 do CPC/2015, quais sejam, a probabilidade de provimento do recurso e o perigo da demora, consubstanciado na existência de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

No que concerne à antecipação da tutela recursal, a parte interessada visa exatamente obter a providência que lhe foi negada pela decisão recorrida, de modo que é seu o ônus de demonstrar os requisitos inerentes às tutelas provisórias, como previsto nos arts. 294 a 311 do CPC/2015.

Consoante o art. 300 do CPC/2015, a tutela de urgência é medida processual de caráter excepcional, podendo ser concedida pelo juiz somente se preenchidos os pressupostos legais, quais sejam, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, o requerente deve demonstrar a probabilidade de existência do direito sustentado. Nesse sentido, vale lembrar os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que se encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder a tutela provisória.

(Novo Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 394)

A par da probabilidade do direito, deve o requerente também evidenciar o perigo de dano concreto, grave e iminente, ou ainda o risco de comprometimento ao resultado útil do processo. Em comentários ao citado dispositivo, ao se referir ao sentido de "urgência", José Miguel Garcia Medina explica:

A cognição, face à urgência, é sumária não apenas quanto à existência do direito que se visa proteger (cf. comentário supra), mas, também, quanto ao próprio perigo. Aqui, entram em jogo, dentre outros fatores, saber se é mesmo provável que o dano poderá vir a acontecer caso não concedida a liminar; se sua ocorrência é iminente, se a lesão é pouco grave ou seus efeitos são irreversíveis, se o bem que o autor pretende proteger tem primazia sobre aquele defendido pelo réu (o que envolve a questão atinente à importância do bem jurídico, como se diz infra) etc.

(Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 508)

Já foi proferida decisão liminar nestes autos, cujo teor transcrevo (ID Num.89367476):

Nesse juízo preliminar, diviso os requisitos que possibilitam a antecipação da tutela recursal, nos termos do art. 1019 I c/c art. 294 do Código de Processo Civil/2015.

O cerne da questão diz respeito à regra editalícia prevista no item 5.1., letra "s", do Aviso de Convocação para Seleção ao Serviço Militar Temporário Nr 4 - SSMR/9, de 12 de junho de 2019 – Processo Seletivo visando ao Estágio de Serviço Técnico (EST) para Profissionais de Nível Superior 2020, com a seguinte redação:

5. DOS REQUISITOS EXIGIDOS VISANDO AO EST:

5.1. Para a incorporação, o candidato deverá atender aos seguintes requisitos:

(...).

s. não possuir, até a data da sua incorporação (2020), mais de 05 (cinco) anos de tempo total de serviço prestado a órgão público, sendo esse tempo contínuo ou interrompido, computados, para esse fim, todos os tempos de serviço em órgãos públicos da administração direta, indireta, autárquica ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos antigos Territórios e dos Municípios e o tempo de serviço militar (inicial, estágios, dilação, prorrogações e outros);" (ID Num. 18660888 - Pág. 6 dos autos originários)

Em exame preambular da questão, verifico que a restrição à participação em concurso com fundamento no exercício anterior de serviço público ofende os princípios da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos.

Somente são admissíveis limitações à participação em concursos públicos relacionadas ao exercício da função para a qual o certame se realiza, o que não se verifica no caso concreto, uma vez que não há nexo entre a restrição imposta e o exercício da função.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. ADMISSÃO AO SERVIÇO MILITAR TEMPORÁRIO. REGRA EDITALÍCIA QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE CANDIDATOS COM MAIS DE CINCO ANOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. LIMINAR CONCEDIDA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 7º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/2009 – PERTINÊNCIA.

1. A decisão recorrida deferiu o pedido liminar para o fim de determinar a reintegração da agravada a processo seletivo para prestação de Serviço Militar Temporário e Voluntário, realizado pelo Comando do Exército da 9ª Região Militar. A restrição à sua participação dera-se em razão de possuir mais de cinco anos de tempo total de serviço público, de forma a violar as disposições do item 5.1, letra T, assim também do item 5.2, letra A, do Aviso de Convocação para Seleção nº 03 – SSMR/9.

2. Sustenta a agravante que a norma em apreço teria seu fundamento de validade no artigo 25 do Decreto nº 4.502/2002, dispositivo que estabelece o prazo máximo de 8 (oito) anos de serviço (neles incluído o tempo de labor prestado em órgão da administração pública direta ou indireta) aos oficiais temporários que não sejam oriundos dos órgãos de formação de oficiais da reserva. Assim, caso aprovado no certame em apreço, um candidato que já possuísse mais de 5 (cinco) anos de trabalho no serviço público somente poderia permanecer no Exército por prazo inferior a 3 (três) anos, situação que constituiria potencial afronta aos princípios da eficiência e da probidade administrativa.

3. Liminar concedida em primeira instância com espeque no artigo 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, dispositivo que prevê a possibilidade de suspender o ato impugnado no mandamus quando houver fundamento relevante, bem como do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida (caso fosse concedida somente ao final da ação). Entendimento que encontra suporte em precedentes deste Tribunal, que, em casos análogos, tem entendido ser descabida a imposição de restrições à participação em concursos públicos com fundamento em mera disposição editalícia ou regulamentar, sem amparo legal ou constitucional. Precedentes.

4. Decisão proferida em juízo de cognição sumária. A análise exauriente das teses apresentadas por ambas as partes há de ser realizada por ocasião da prolação da sentença.

5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024187-69.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 16/08/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR MANTIDA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1. AGRAVO interposto pela UNIÃO, contra decisão monocrática proferida por este Relator que não conheceu o agravo retido e, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, negou seguimento à apelação e à remessa oficial, sendo que a apelação foi interposta pelo referido ente federado em face de sentença que concedeu a segurança para o fim de tornar definitiva a inscrição do impetrante para o concurso de seleção e convocação de Sargento Técnico Temporário, no âmbito da 2ª Região Militar.

2. Os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão vergastada, a qual esgotou todos os argumentos deduzidos nas razões recursais.

3. As limitações para a participação em concursos públicos somente são toleráveis se disserem respeito ao exercício da função para a qual o certame se realiza. Caso não exista o liame entre a restrição imposta e o exercício da função, a restrição torna-se ofensiva ao princípio da isonomia, na medida em que a regra é a participação de todos nos concursos públicos. Precedente: STJ, AROMS 200802323061, SEXTA TURMA, Relator MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 4/2/2014, DJE 20/2/2014.

4. A inserção da restrição no edital ofende os princípios da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos e, principalmente, transforma um direito social do candidato, constitucionalmente previsto, em óbice ao ingresso no serviço público por concurso. O exercício anterior de serviço público pelo impetrante, por mais de 2 (dois) anos, deveria privilegiá-lo, à vista de sua experiência e conhecimento, e não excluí-lo do certame.

5. A Portaria Ministerial nº 388/98 (que aprova a diretriz complementar para o Serviço Militar Temporário em tempo de paz) - amparada na Lei nº 4.375/64 (Lei do Serviço Militar), recepcionada pela Constituição - extrapola seus limites regulamentares, malferindo o princípio da isonomia e atingindo a esfera dos direitos subjetivos do particular; ao estabelecer critério temporal não pautado na razoabilidade.

6. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 325843 - 0016486-44.2009.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2015)

Em face do exposto, **DEFIRO** a antecipação da tutela recursal (CPC/2015, art. 1019, I).

Em face de todo o exposto, mantendo as razões da decisão supra transcritas, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA ANTECIPADA. PROCESSO SELETIVO SERVIÇO MILITAR TEMPORÁRIO Nr 4 - SSMR/9, de 12/06/2019 – REGRA EDITALÍCIA PREVISTA NO ITEM 5.1 “S” QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE CANDIDATOS QUE TENHA PRESTADO SERVIÇO PÚBLICO POR MAIS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. No que concerne à antecipação da tutela recursal, a parte interessada visa exatamente obter a providência que lhe foi negada pela decisão recorrida, de modo que é seu o ônus de demonstrar os requisitos inerentes às tutelas provisórias, como previsto nos arts. 294 a 311 do CPC/2015.

2. Consoante o art. 300 do CPC/2015, a tutela de urgência é medida processual de caráter excepcional, podendo ser concedida pelo juiz somente se preenchidos os pressupostos legais, quais sejam, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

3. O cerne da questão diz respeito à regra editalícia prevista no item 5.1., letra “s”, do Aviso de Convocação para Seleção ao Serviço Militar Temporário Nr 4 - SSMR/9, de 12 de junho de 2019 – Processo Seletivo visando ao Estágio de Serviço Técnico (EST) para Profissionais de Nível Superior 2020, que estabelece a inabilitação dos candidatos que possuírem mais de cinco anos de prestação de serviço público.

4. A restrição à participação em concurso com fundamento no exercício anterior de serviço público ofende os princípios da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos.

5. Somente são admissíveis limitações à participação em concursos públicos relacionadas ao exercício da função para a qual o certame se realiza, o que não se verifica no caso concreto, uma vez que não há nexos entre a restrição imposta e o exercício da função.

6. Precedentes desta Corte Regional: 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024187-69.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 16/08/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/08/2018; SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 325843 - 0016486-44.2009.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2015.

7. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta 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 5001015-68.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AURICCHIO BARROS EXTRACAO COM AREIA E PEDRA LTDA

Advogado do(a) APELADO: JOAO DE DEUS PINTO MONTEIRO NETO - SP208393-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001015-68.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AURICCHIO BARROS EXTRACAO COM AREIA E PEDRA LTDA

Advogado do(a) APELADO: JOAO DE DEUS PINTO MONTEIRO NETO - SP208393-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União, contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, em mandado de segurança impetrado por AURICCHIO BARROS EXTRACAO COMAREIA E PEDRA LTDA, como objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade e ilegalidade de tal exigência, bem como compensar os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos) anteriormente ao protocolo do presente *mandamus* e durante o seu trâmite, com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, calculando-se o crédito com aplicação da taxa SELIC.

Na sentença, o r. juízo *a quo* concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco anos) que antecederam à propositura da ação, com a devida atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença. Sem honorários advocatícios (Súmula nº 512 do STF). Sentença submetida ao reexame necessário.

Em decisão ID Num. 46257735, foi negado provimento à apelação e dado parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

A União interpôs agravo interno, requerendo a suspensão do feito até o julgamento definitivo do RE nº 574.706/PR. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS; o ICMS, como tributo indireto, integra o preço do produto e, se este é pago pelo adquirente ao alienante, ele (o preço) ingressa totalmente no patrimônio do vendedor, inclusive a parcela correspondente ao ônus tributário; sendo o ICMS tributo indireto, repassado para “dentro” do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas; no caso, a COFINS e o PIS/PASEP.

Com as contrarrazões vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001015-68.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AURICCHIO BARROS EXTRACAO COMAREIA E PEDRA LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO DE DEUS PINTO MONTEIRO NETO - SP208393-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

Especificamente no que tange à discussão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.

A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não assiste razão à apelação da União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnson de Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Pelo que se observa dos fundamentos apresentados nas razões do agravo interno, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.

Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSE PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.
4. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028744-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: APARECIDO PIMENTA DE MORAES ARIAS
Advogado do(a) AGRAVANTE: CIBELE FERREIRA SANTOS - SP340388-A
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Chamo os autos à conclusão.

Trata-se de recurso contra medida cautelar adotada a partir de emenda à petição inicial de ação civil pública.

Na ação originária, a Procuradoria da República de Campinas elencou o rol de sujeitos passivos e descreveu condutas supostamente infracionais vinculadas à competência territorial do juízo.

Depois, fez a emenda da petição civil. Acrescentou condutas relacionadas às cidades de **São Paulo (SP)**, **Santo André (SP)**, **Belo Horizonte (MG)**, **Santos (SP)**, **Salvador (BA)**, **Recife (PE)** e **Vitória (ES)**.

Em relação a um dos principais réus, destaca que, “por meio de suas inúmeras Associações e empresas, situadas em vários Estados do Brasil, atua diretamente ou, “às escondidas”, por detrás de outras pessoas físicas, mantendo idêntico *modus operandi*, especialmente na forma de atrair seus futuros associados idosos, com a promessa fácil e rápida de reajuste nos benefícios previdenciários”.

Na perspectiva da narrativa formulada na emenda à petição inicial, o eventual dano é **nacional**.

O fato é **incontroverso**.

Em relação aos fatos novos descritos na citada emenda, a questão só poderia ter sido submetida à jurisdição do **Distrito Federal** ou de **uma das Capitais dos Estados**, segundo a lei e a **jurisprudência pacífica**.

A Lei da Ação Civil Pública: “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa” (artigo 2º).

A escolha do foro do local do dano deve levar em conta o artigo 93, da Lei de Defesa do Consumidor, norma de caráter geral, aplicável às ações civis públicas, cujo teor é o seguinte:

“Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

A jurisprudência está consolidada neste sentido – STJ: [CC 126601](#), [CC 112235](#) e [REsp 712006](#).

O precedente mais recente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. FORO COMPETENTE.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Inexiste violação do art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem aprecia fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como constatado na hipótese.

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, a teor do 93, II, do Código de Defesa do Consumidor; "sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor" (CC 126.601/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 05/12/2013).

4. Na hipótese, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, visando à condenação da ré, ora agravante, ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em razão do descumprimento das regras de qualidade do Sistema de Atendimento ao Cliente - SAC, o Tribunal a quo entendeu que "o dano objeto da ação ultrapassa o âmbito local (Rio de Janeiro), acarretando prejuízos de âmbito nacional", razão por que a demanda seria de competência de uma das varas do Distrito Federal ou da capital de um dos estados, à escolha do autor.

5. Agravo interno desprovido.

(STJ - AgInt no AREsp 944.829/DF, 1ª TURMA).

A **escolha livre** do foro para o ajuizamento da ação, fora da lei de competência, permitiria que integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público ampliassem o exercício do poder jurisdicional até o limite sempre incerto e temerário do voluntarismo pessoal, com a possibilidade do retorno aos superados justicamentos.

A própria concepção constitucional de exercício da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, é antagônica com o conceito de justiça de não própria.

Na evolução histórica, o Estado Liberal surgiu para proclamar e ritualizar o monopólio da justiça, em face dos que a vinham exercendo por **iniciativa pessoal e sem medida**.

Na vida institucional contemporânea, a fiscalização contra o justicamento volta-se, principalmente, para **dentro do aparato judiciário**.

Os **agentes políticos** do Estado – **integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público** - qualificados com direitos e prerrogativas relevantes, para o exercício e a fiscalização do monopólio da justiça, devem ficar **circunscritos** ao poder que lhes conferiu a lei.

O critério legal de distribuição da competência dá a medida da jurisdição.

A Magistratura - também o Ministério Público - não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

Este Tribunal Federal, reiteradamente, sempre por unanimidade, tem vetado o ilegal processamento de ações civis públicas direcionadas a juízos **manifestamente** incompetentes - inclusive quando **ato de afronta contra decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal**, que o **Ministério Público Federal de São Paulo** considerou "mais política que jurídica".

PRECEDENTE "APAGÃO":

DIREITO CONSTITUCIONAL - "APAGÃO" - ENCARGOS TARIFÁRIOS - MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 2148-I E 14/01, COM A LEI DE CONVERSÃO Nº 10.438/02 - JULGAMENTO DAS QUESTÕES NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADC 9, COM EFICÁCIA VINCULANTE, E RE 576189, NO SISTEMA DA REPERCUSSÃO GERAL - AJUIZAMENTO SUCESSIVO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, COM FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO STF - EFICÁCIA VINCULANTE TRANSCENDENTE DA MOTIVAÇÃO NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF - TERCEIRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CUJO OBJETO EMBARAÇA OU DIFICULTA A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO STF - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, PELO RELATOR, NO TRIBUNAL, POR FORÇA DO EFEITO TRANSLATIVO DE RECURSO.

1. As decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante e repercussão geral, não podem ser embaraçadas ou dificultadas pelo ajuizamento sucessivo de ações civis públicas.

2. É de nenhuma relevância, para tal efeito, que os fundamentos aceitos, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, constituam, para a Procuradoria da República, "decisão mais política que jurídica", avaliação operada, em uma das três ações civis públicas, em nota de rodapé.

3. A fundamentação exposta em decisão adotada no âmbito do controle de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, tem eficácia vinculante. Precedentes do STF.

4. Extinção sumária da terceira ação civil pública, diretamente no Tribunal, por decisão monocrática do Relator, de ofício, no âmbito do efeito translativo de recurso, cujo exame fica prejudicado.

5. Agravo improvido pelo Colegiado.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0004747-22.2010.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 04/08/2011).

PRECEDENTE "CAOS AÉREO":

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COMO OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).

2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.

4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo.

5. *A invocação de fundamento fático relacionado à "omissão de informações claras", por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.*

6. *Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.*

7. *É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto "caos aéreo" encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.*

8. *Ciente da grave realidade representada pela "plantação de fatos", nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: "Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele".*

9. *A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteirços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.*

10. *Agravo de instrumento provido.*

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0021751-43.2008.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011).

Também podem ser citados os precedentes relacionados à **paralisação** das atividades da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira (SLAT nº 2014.03.00.021214-0) e à **proibição** ao uso do volume técnico, nos reservatórios do sistema de abastecimento de água Cantareira, (SLAT nº 0026249-75.2014.4.03.0000), decisões prolatadas por juízos **manifestamente** incompetentes, ambas **suspensas** pela Presidência deste Tribunal Federal, quando sob minha titularidade e Relatoria.

Tratando-se, ademais, de ação civil pública, é preciso refletir sobre o **magistério do Supremo Tribunal Federal**, na censura ao que caracterizou como **"ações espetaculares"** (Reclamação nº 2138):

"O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

Está em HELYLOPES MEIRELLES:

"....."

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

..... "(DAB, 26ª. ed., 2001, p. 71/2).

HELY observa, ainda, que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política.

".....

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

..... " (ob. cit., p. 73).

Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias. Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político. Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos. Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão. São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política. É bom que se o diga. Uns, na busca de notoriedade fácil. Vê-se, muito, nos jornais. Outros, no propósito de participar, por outros meios, de debate político. O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração tem levado à propositura de ações espetaculares. A maioria delas destituídas de qualquer fundamento. O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível. Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação".

No primeiro instante, com a apresentação da emenda à petição inicial da ação civil pública, cabia ao Poder Judiciário, em **Campinas**, recusar-lhe, de plano, qualquer tipo de **validade e eficácia**, pois o **ato manifestamente ilegal**, praticado pelo representante do Ministério Público Federal, não poderia ter **curso só aparentemente legal**, perante **juízo absolutamente incompetente**.

José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as "**disfunções do mecanismo judiciário**", "**no tocante à condução do processo**", "**a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível**" ("**Sobre a "participação" do Juiz no processo civil**", em "**Participação e Processo**", pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

Se o integrante do Ministério Público toma contato com atos passíveis de ensejar a propositura de ação civil pública, **fora** do campo de suas atribuições legais, tem o **dever** de remessa das peças de informação e dos documentos ao colega oficiante no juízo competente.

Trata-se de **dever funcional**.

Diante do **descumprimento manifesto** deste **dever funcional**, com o ajuizamento de **ação civil pública**, por quem não tinha atribuição legal e, ainda, **perante juízo absolutamente incompetente**, o **Procurador-Geral da República** reputou cabível a comunicação da ocorrência à **Corregedoria-Geral do Ministério Público Federal**, **órgão disciplinar da instituição**, "para as providências cabíveis".

Confira-se o inteiro teor do procedimento **PGR nº 1.00.000.007452/2004-07**:

"1. A il. Colega Renita Kravetz oficia-me, verbis:

"Encaminho a Vossa Excelência, para fins de orientação quanto o procedimento a adotar, a consulta formulada pelo Procurador Regional dos Direitos do Cidadão desta PR/PR, Sérgio Cruz Arenhart, acerca da competência da ação civil pública proposta pelo Procurador da República em Guarapuava, Pedro Paulo Reinaldim, relativa ao regime de cotas, instituído pela Universidade Federal do Paraná em benefício de negros, pardos e pessoas oriundas de escolas públicas." (fls.01)

2. Efetivamente, o il. Colega Sérgio Arenhart, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, à il. colega Renita Kravetz manifestou-se nesse sentido, verbis:

"Exma. Sra. Procuradora-Chefe no Paraná,

Nesta semana, tivemos conhecimento de que o colega Pedro Paulo Reinaldim, lotado em Guarapuava, propôs ação civil pública questionando o regime de cotas, instituído pela UFPR, em benefício de negros, pardos e pessoas oriundas de escolas públicas. Sem adentrar no mérito da questão, parece-me claro que a competência para eventuais medidas a respeito dessa situação não é nem poderia ser do colega da PRM. Com efeito, o ato questionado é da UFPR e a sede desta é em Curitiba. Por outro lado, embora sustente o colega que o dano tem extensão nacional (dado que qualquer pessoa poderá se inscrever no vestibular daquela instituição), é certo que este dano somente será sentido nesta capital, se e quando a pessoa for aprovada no vestibular e não tiver o acesso à vaga da Universidade a fim de iniciar seus estudos - o que, fatalmente, ocorrerá nesta capital. Não há, pois, como se cogitar de dano nacional no caso concreto. Por outro lado, ainda que se considerasse o dano de extensão nacional, é certo que a jurisprudência tem se inclinado a defender a idéia de que nos casos de danos nacionais, a ação (coletiva) deve ser proposta ou na capital de qualquer Estado, ou no Distrito Federal. Diante de tudo, consulto-lhe da possibilidade de adoção de alguma providencia, a fim de estabelecer a atribuição da Procuradoria da República do Estado do Paraná - e, especialmente, da Procuradoria dos Direitos do Cidadão - relativamente a esta questão." (fls. 02)

3. Tem razão o il. Colega Sérgio Arenhart.

4. O il. Colega Pedro Paulo Reinaldim, com atuação funcional circunscrita ao município de Guarapuava, subscreveu inicial de ação civil pública, verbis: "em face da UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, autarquia federal, com sede na Rua XV de Novembro, 1299, CEP 80.060-000, Curitiba - PR" (inicial subscrita pelo il. Colega Pedro Reinaldim a fls. 3, grifei).

5. É o quanto basta a caracterizar a violação do princípio do Promotor Natural.

6. O ato provém de autarquia federal situada na capital do Estado do Paraná, na cidade de Curitiba.

7. O il. colega Pedro Paulo Reinaldim não tem atribuições funcionais para representar o Ministério Público Federal, em Curitiba.

8. O dano não tem extensão nacional, por óbvio.

9. Primeiro porque a seleção vestibular, assim o é, para estabelecimento localizado em determinada localidade: Curitiba.

10. Segundo porque a circunstância de pessoas de outros Estados-membros da Federação, eventualmente deslocaram-se à cidade de Curitiba para ali prestarem os exames não confere âmbito nacional ao ato questionado: a alegada inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 3º, do Edital nº 01/2004, que publicou as regras do processo seletivo a ingresso nos cursos de graduação da UFPR.

11. Respondo afirmando que o Procurador da República Pedro Paulo Reinaldim não detém atribuições funcionais ao ajuizamento do pleito, que formalizou.

12. Afirmando, outrossim, a violação do princípio do Promotor Natural encaminhe-se cópia deste pronunciamento ao il. Corregedor-Geral do Ministério Público Federal para as providências cabíveis.

13. Sejam os interessados, os ils. Colegas Renita Kravetz, Sérgio Arenhart e Pedro Paulo Reinaldim cientificados deste pronunciamento".

A **censura** da **Procuradoria-Geral da República** à violação ao princípio do **promotor natural** – por iniciativa da **Procuradoria dos Direitos do Cidadão** -, tanto mais no âmbito coletivo de ação civil pública, encontra guarida não apenas no veto à propositura de “ações espetaculares”, mas, também, no **repúdio institucional** que, no Estado Democrático de Direito, a doutrina e o magistério do Supremo Tribunal Federal dispensam ao “**promotor de encomenda**” ou “**promotor de exceção**”.

“**O promotor natural é o reverso do chamado promotor de encomenda**”, lembra Hugo Nigro Mazzilli (“Regime Jurídico do Ministério Público”, págs. 82/84, Edit. Saraiva, 3ª edição, 1996).

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho anota que “**o órgão ministerial, embora uno e indivisível, distribui suas atribuições por suas diversas lotações. Cada membro responde exclusivamente por sua lotação. Trata-se de situação semelhante àquela do Judiciário. Embora a Jurisdição seja una, ela é dividida por competências. Em razão disso, ainda que todos os juizes estejam investidos de jurisdição, sua atuação está adstrita aos limites de sua competência. No caso do Parquet, embora todos os seus membros o representem, em decorrência dos princípios da unidade e da indivisibilidade, somente podem fazê-lo dentro dos limites de suas atribuições, a qual é estabelecida em decorrência de sua lotação. Logo, membro lotado em determinada região não pode estabelecer obrigações com validade em outras regiões e, muito menos, com validade nacional**” (“Os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público do Trabalho e a abrangência territorial dos termos de ajustamento de conduta por ele firmados”, Revista Brasileira de Direito Processual- RBDPro, Belo Horizonte, ano 16, nº 61, pág. 71, jan./mar. 2008”).

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro adverte que “**é a lei que delimita o âmbito de abrangência para atuação do órgão, bem como os limites da atribuição do cargo no qual o agente poderá, legalmente, exercer suas funções. Portanto, a unidade do Ministério Público não significa que qualquer de seus membros poderá praticar qualquer ato em nome da instituição, mas sim, sendo um só organismo, os seus membros “presentam” (não representam) a instituição sempre que atuarem, mas a legalidade de seus atos encontra limites no âmbito da divisão de atribuições e demais princípios e garantias impostas pela lei. Da mesma forma, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, se manifesta através dos diversos juízos, presente também aqui o princípio da unidade. O fato de um juiz absolutamente incompetente julgar uma causa não quer dizer que a instituição judiciária não se está manifestando. Está sim; entretanto, o processo contém vício porque o juiz extrapolou o âmbito de sua competência, fixado na lei**” (“O ministério público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito”, 5ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, págs. 44/45).

A posição da doutrina encontra amparo no **Supremo Tribunal Federal**, no sentido de que, no regime constitucional de 1.988, ainda quando possível a **mitigação do postulado do promotor natural**, pelo sistema normativo, a matéria deve ser objeto de **lei específica**, não “**de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição**”.

"HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR-INOCORRÊNCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES. (HC 67759, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1992, DJ 01-07-1993 PP-13142 EMENT VOL-01710-01 PP-00121).

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal avaliou a eventual usurpação das funções ministeriais pela chefia da instituição, a Procuradoria-Geral.

O Ministro Celso de Mello: **“É preciso velar pela dignidade institucional do Ministério Público e impedir que Procuradores-Gerais, despojados da consciência que lhes impõe o momento histórico que vive a Instituição, venham, por razões menores ou pela desprezível vontade de agir servilmente, a degradá-la, convertendo-a, desse modo, em inaceitável instrumento de pretensões contestáveis”.**

A manifestação atual, **radical – sem dúvida** -, da Procuradoria-Geral da República, acima transcrita, lembra que a **degradação** da instituição ministerial, como **“inaceitável instrumento de pretensões contestáveis”**, também pode ser operada em outros níveis da carreira.

A imputação realizada por órgão do Ministério Público Federal destituído de atribuição e o seu processamento por juízo manifestamente incompetente são questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição.

Por estes fundamentos, **mantenho, por medida de cautela, a indisponibilidade** de bens, até o julgamento colegiado do recurso.

Suspendo, de ofício, o andamento da ação civil pública, no que diz respeito à agravante.

Determino a extração de cópias deste recurso, para remessa **imediata** à **Procuradoria da República de São Paulo (SP)**, para a adoção da providência que entender cabível, em face dos indícios de irregularidades apontados nos documentos.

Publique-se. Intime-se, com urgência.

MANDADO DE SEGURANÇA (120) Nº 5011814-35.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
IMPETRANTE: APARECIDO PIMENTA DE MORAES ARIAS
Advogado do(a) IMPETRANTE: CIBELE FERREIRA SANTOS - SP340388-A
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 8ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança originário impetrado contra medida cautelar adotada a partir de emenda à petição inicial de ação civil pública.

Na ação originária, a Procuradoria da República de Campinas elencou o rol de sujeitos passivos e descreveu condutas supostamente infracionais vinculadas à competência territorial do juízo.

Depois, fez a emenda da petição civil. Acrescentou condutas relacionadas às cidades de **São Paulo (SP)**, **Santo André (SP)**, **Belo Horizonte (MG)**, **Santos (SP)**, **Salvador (BA)**, **Recife (PE)** e **Vitória (ES)**.

Em relação a um dos principais réus, destaca que, “**por meio de suas inúmeras Associações e empresas, situadas em vários Estados do Brasil, atua diretamente ou, “às escondidas”, por detrás de outras pessoas físicas, mantendo idêntico *modus operandi*, especialmente na forma de atrair seus futuros associados idosos, com a promessa fácil e rápida de reajuste nos benefícios previdenciários**”.

Na perspectiva da narrativa formulada na emenda à petição inicial, o eventual dano é **nacional**.

O fato é **incontroverso**.

Em relação aos fatos novos descritos na citada emenda, a questão só poderia ter sido submetida à jurisdição do **Distrito Federal** ou de **uma das Capitais dos Estados**, segundo a lei e a **jurisprudência pacífica**.

A Lei da Ação Civil Pública: **“As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”** (artigo 2º).

A **escolha do foro do local do dano** deve levar em conta o artigo 93, da Lei de Defesa do Consumidor, norma de caráter geral, aplicável às ações civis públicas, cujo teor é o seguinte:

“Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

A jurisprudência está consolidada neste sentido – **STJ: [CC 126601](#), [CC 112235](#) e [REsp 712006](#).**

O precedente mais recente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. FORO COMPETENTE.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Inexiste violação do art. 535 do CPC/1973 quando o Tribunal de origem aprecia fundamentadamente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como constatado na hipótese.

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, a teor do 93, II, do Código de Defesa do Consumidor; "sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor" (CC 126.601/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 05/12/2013).

4. Na hipótese, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, visando à condenação da ré, ora agravante, ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em razão do descumprimento das regras de qualidade do Sistema de Atendimento ao Cliente - SAC, o Tribunal a quo entendeu que "o dano objeto da ação ultrapassa o âmbito local (Rio de Janeiro), acarretando prejuízos de âmbito nacional", razão por que a demanda seria de competência de uma das varas do Distrito Federal ou da capital de um dos estados, à escolha do autor.

5. Agravo interno desprovido.

(STJ - AgInt no AREsp 944.829/DF, 1ª TURMA).

A **escolha livre** do foro para o ajuizamento da ação, fora da lei de competência, permitiria que integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público ampliassem o exercício do poder jurisdicional até o limite sempre incerto e temerário do voluntarismo pessoal, coma possibilidade do retorno aos superados justicamentos.

A própria concepção constitucional de exercício da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, é antagônica com o conceito de justiça de mão própria.

Na evolução histórica, o Estado Liberal surgiu para proclamar e ritualizar o monopólio da justiça, em face dos que a vinham exercendo por **iniciativa pessoal e sem medida**.

Na vida institucional contemporânea, a fiscalização contra o justicamento volta-se, principalmente, para **dentro do aparato judiciário**.

Os **agentes políticos** do Estado – **integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público** - qualificados com direitos e prerrogativas relevantes, para o exercício e a fiscalização do monopólio da justiça, devem ficar **circunscritos** ao poder que lhes conferiu a lei.

O critério legal de distribuição da competência dá a medida da jurisdição.

A Magistratura - também o Ministério Público - não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteiriços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

Este Tribunal Federal, reiteradamente, sempre por unanimidade, tem vetado o ilegal processamento de ações civis públicas direcionadas a juízos **manifestamente** incompetentes - inclusive quando **ato de afronta contra decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal**, que o **Ministério Público Federal de São Paulo** considerou "mais política que jurídica".

PRECEDENTE "APAGÃO":

DIREITO CONSTITUCIONAL - "APAGÃO" - ENCARGOS TARIFÁRIOS - MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 2148-1 E 14/01, COM A LEI DE CONVERSÃO Nº 10.438/02 - JULGAMENTO DAS QUESTÕES NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADC 9, COM EFICÁCIA VINCULANTE, E RE 576189, NO SISTEMA DA REPERCUSSÃO GERAL - AJUIZAMENTO SUCESSIVO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, COM FUNDAMENTAÇÃO CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO DO STF - EFICÁCIA VINCULANTE TRANSCENDENTE DA MOTIVAÇÃO NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF - TERCEIRA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CUJO OBJETO EMBARAÇA OU DIFICULTA A EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO STF - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, PELO RELATOR, NO TRIBUNAL, POR FORÇA DO EFEITO TRANSLATIVO DE RECURSO.

1. As decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante e repercussão geral, não podem ser embaraçadas ou dificultadas pelo ajuizamento sucessivo de ações civis públicas.

2. É de nenhuma relevância, para tal efeito, que os fundamentos aceitos, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, constituam, para a Procuradoria da República, "decisão mais política que jurídica", avaliação operada, em uma das três ações civis públicas, em nota de rodapé.

3. A fundamentação exposta em decisão adotada no âmbito do controle de constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, tem eficácia vinculante. Precedentes do STF.

4. Extinção sumária da terceira ação civil pública, diretamente no Tribunal, por decisão monocrática do Relator, de ofício, no âmbito do efeito translativo de recurso, cujo exame fica prejudicado.

5. Agravo improvido pelo Colegiado.

PRECEDENTE "CAOS AÉREO":

MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE DOCUMENTOS RELACIONADOS AO CONTROLE DO TRÁFEGO AÉREO - CONCESSÃO E EXECUÇÃO DE MEDIDA LIMINAR, PELO JUÍZO FEDERAL DE GUARULHOS, NAS UNIDADES AEROPORTUÁRIAS DE CUMBICA (GUARULHOS - SP), CONGONHAS (SÃO PAULO - SP) E CINDACTA 1 (BRASÍLIA - DF): INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PROVIDÊNCIA REQUERIDA PARA A INSTRUÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO SOB ALEGAÇÕES INVÁLIDAS, EM PARTE, E, NO MAIS, CONTRARIADAS PELA PROVA DOCUMENTAL, COMO OBJETO ILÍCITO - REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR.

1. No juízo incidental e provisório, próprio ao exame de medida liminar, em Medida Cautelar, cumpre anotar que, ao Juízo Federal local, de Guarulhos (SP), parece faltar competência para a busca e apreensão liminar de documentos, nas unidades aeroportuárias de Cumbica (Guarulhos - SP), Congonhas (São Paulo - SP) e CINDACTA 1 (Brasília - DF).

2. Se é nacional a projeção do suposto dano, é absoluta a incompetência do juízo local. Circunstância que, em se tratando de tema sujeito ao regime da ação civil pública, pode impedir, inclusive, a remessa dos autos ao juízo competente, pois a subscrição de petição inicial, neste assunto, por Membro do Ministério Público desprovido de atribuição legal, é ato ilegal, cuja gravidade, na perspectiva da Procuradoria-Geral da República (cf. Proc. PGR nº 1.00.000.007452/2004-07), pode configurar, em tese, infração funcional.

3. Medida cautelar destinada à instrução de inquérito civil, cuja ilicitude é representada pelo objeto vago, largo e indeterminado, defeitos demonstrativos da potencial operacionalização de instrumento genérico de supervisão geral de atribuições imputadas a órgãos e entidades estranhos ao Ministério Público Federal.

4. Os Ministérios Públicos, ciosos da responsabilidade própria ao manuseio das ações civis públicas, têm zelado pela exigência da especificação do fato determinado, como medida necessária para a legitimação do inquérito civil. Entre outros: Ato Normativo nº. 484-CPJ, de 5 de outubro de 2006, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado de São Paulo.

5. A invocação de fundamento fático relacionado à "omissão de informações claras", por parte da Aeronáutica, não guarda simetria com a verdade documentada, pois, provocado pela Procuradoria da República de Guarulhos, o Comandante da Força, pessoalmente, apresentou esclarecimentos objetivos e circunstanciados - documento de fls. 81/84.

6. Em nome da Nação - ausente uma única reclamação documentada por algum de seus milhões de cidadãos -, a invocação de genérica situação caótica - como simples expressão do discurso de pânico, de emergência, de terror psicológico ou de intimidação coletiva -, não autoriza qualquer agente político, nos Poderes da República - inclusive no Judiciário, com a coadjuvação, ou não, de partes estatais, privadas ou públicas, como é o caso dos Ministérios Públicos -, a fazer intervenção ilegítima - declarada ou dissimulada -, sem limites, nas atividades circunscritas à competência constitucional de outrem.

7. É de nenhuma relevância jurídica, se o suposto "caos aéreo" encontra ressonância nos noticiosos - ainda quando não sejam patrocinados por setores interessados na difusão da própria informação, nem sempre coincidente com o fato certo e documentado.

8. Ciente da grave realidade representada pela "plantação de fatos", nos meios de comunicação - e de sua reiteração -, o Supremo Tribunal Federal foi ao patamar da solução radical do veto à instauração de procedimento de investigação fundado em matéria noticiosa - ou publicada em noticiosos. STF, Plenário, PET 2805-Agr, Ministro Nelson Jobim: "Estamos sendo instrumento político. Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político. E não podemos nos submeter a ele".

9. A Magistratura não está constitucionalmente autorizada a abrir mão do alto grau de civilidade representado pela institucionalização do Poder Judiciário, nos limites do Estado Democrático de Direito, cujo modelo de responsabilidade é incompatível com o bonapartismo, o messianismo, o sebastianismo, o "xerifismo" dos fronteirços e outros delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio.

10. Agravo de instrumento provido.

Também podem ser citados os precedentes relacionados à **paralisação** das atividades da Usina Hidrelétrica de Ilha Solteira (SLAT nº 2014.03.00.021214-0) e à **proibição** ao uso do volume técnico, nos reservatórios do sistema de abastecimento de água Cantareira, (SLAT nº 0026249-75.2014.4.03.0000), decisões prolatadas por juízos **manifestamente** incompetentes, ambas **suspensas** pela Presidência deste Tribunal Federal, quando sob minha titularidade e Relatoria.

Tratando-se, ademais, de ação civil pública, é preciso refletir sobre o **magistério do Supremo Tribunal Federal**, na censura ao que caracterizou como “**ações espetaculares**” (Reclamação nº 2138):

"O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

O próprio texto constitucional refere-se especialmente aos agentes políticos, conferindo-lhes tratamento distinto dos demais agentes públicos.

Está em HELYLOPES MEIRELLES:

".....

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

..... "(DAB, 26ª. ed., 2001, p. 71/2).

HELY observa, ainda, que essas prerrogativas são outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função política.

".....

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.

..... " (ob. cit., p. 73).

Não tenho dúvida de que esses agentes políticos estão regidos por normas próprias. Tudo decorre da peculiaridade do seu afazer político. Todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos. Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão. São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política. É bom que se o diga. Uns, na busca de notoriedade fácil. Vê-se, muito, nos jornais. Outros, no propósito de participar, por outros meios, de debate político. O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração tem levado à propositura de ações espetaculares. A maioria delas destituídas de qualquer fundamento. O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível. Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação".

No primeiro instante, com a apresentação da emenda à petição inicial da ação civil pública, cabia ao Poder Judiciário, em **Campinas**, recusar-lhe, de plano, qualquer tipo de **validade e eficácia**, pois o **ato manifestamente ilegal**, praticado pelo representante do Ministério Público Federal, não poderia ter **curso só aparentemente legal**, perante **juízo absolutamente incompetente**.

José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as "**disfunções do mecanismo judiciário**", "**no tocante à condução do processo**", "**a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível**" ("**Sobre a "participação" do Juiz no processo civil**", em "**Participação e Processo**", pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

Se o integrante do Ministério Público toma contato com atos passíveis de ensejar a propositura de ação civil pública, **fora** do campo de suas atribuições legais, tem o **dever** de remessa das peças de informação e dos documentos ao colega oficiante no juízo competente.

Trata-se de **dever funcional**.

Diante do **descumprimento manifesto** deste **dever funcional**, com o ajuizamento de **ação civil pública**, por quem **não** tinha atribuição legal e, ainda, **perante juízo absolutamente incompetente**, o **Procurador-Geral da República** reputou cabível a comunicação da ocorrência à **Corregedoria-Geral do Ministério Público Federal**, **órgão disciplinar da instituição**, "**para as providências cabíveis**".

Confira-se o inteiro teor do procedimento **PGR nº 1.00.000.007452/2004-07**:

"1.A il. Colega Renita Kravetz oficia-me, verbis:

"Encaminho a Vossa Excelência, para fins de orientação quanto o procedimento a adotar, a consulta formulada pelo Procurador Regional dos Direitos do Cidadão desta PR/PR, Sérgio Cruz Arenhart, acerca da competência da ação civil pública proposta pelo Procurador da República em Guarapuava, Pedro Paulo Reinaldim, relativa ao regime de cotas, instituído pela Universidade Federal do Paraná em benefício de negros, pardos e pessoas oriundas de escolas públicas." (fls.01)

2. Efetivamente, o il. Colega Sérgio Arenhart, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, à il. colega Renita Kravetz manifestou-se nesse sentido, verbis:

"Exma. Sra. Procuradora-Chefe no Paraná,

Nesta semana, tivemos conhecimento de que o colega Pedro Paulo Reinaldim, lotado em Guarapuava, propôs ação civil pública questionando o regime de cotas, instituído pela UFPR, em benefício de negros, pardos e pessoas oriundas de escolas públicas. Sem adentrar no mérito da questão, parece-me claro que a competência para eventuais medidas a respeito dessa situação não é nem poderia ser do colega da PRM. Com efeito, o ato questionado é da UFPR e a sede desta é em Curitiba. Por outro lado, embora sustente o colega que o dano tem extensão nacional (dado que qualquer pessoa poderá se inscrever no vestibular daquela instituição), é certo que este dano somente será sentido nesta capital, se e quando a pessoa for aprovada no vestibular e não tiver o acesso à vaga da Universidade a fim de iniciar seus estudos - o que, fatalmente, ocorrerá nesta capital. Não há, pois, como se cogitar de dano nacional no caso concreto. Por outro lado, ainda que se considerasse o dano de extensão nacional, é certo que a jurisprudência tem se inclinado a defender a idéia de que nos casos de danos nacionais, a ação (coletiva) deve ser proposta ou na capital de qualquer Estado, ou no Distrito Federal. Diante de tudo, consulto-lhe da possibilidade de adoção de alguma providencia, a fim de estabelecer a atribuição da Procuradoria da República do Estado do Paraná - e, especialmente, da Procuradoria dos Direitos do Cidadão - relativamente a esta questão." (fls. 02)

3. *Tem razão o il. Colega Sérgio Arenhart.*

4. *O il. Colega Pedro Paulo Reinaldim, com atuação funcional circunscrita ao município de Guarapuava, subscreveu inicial de ação civil pública, verbis: "em face da UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, autarquia federal, com sede na Rua XV de Novembro, 1299, CEP 80.060-000, Curitiba – PR" (inicial subscreta pelo il. Colega Pedro Reinaldim a fls. 3, grifei).*

5. *É o quanto basta a caracterizar a violação do princípio do Promotor Natural.*

6. *O ato provém de autarquia federal situada na capital do Estado do Paraná, na cidade de Curitiba.*

7. *O il. colega Pedro Paulo Reinaldim não tem atribuições funcionais para representar o Ministério Público Federal, em Curitiba.*

8. *O dano não tem extensão nacional, por óbvio.*

9. *Primeiro porque a seleção vestibular, assim o é, para estabelecimento localizado em determinada localidade: Curitiba.*

10. *Segundo porque a circunstância de pessoas de outros Estados-membros da Federação, eventualmente deslocaram-se à cidade de Curitiba para ali prestarem os exames não confere âmbito nacional ao ato questionado: a alegada inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do artigo 3º, do Edital nº 01/2004, que publicou as regras do processo seletivo a ingresso nos cursos de graduação da UFPR.*

11. *Respondo afirmando que o Procurador da República Pedro Paulo Reinaldim não detém atribuições funcionais ao ajuizamento do pleito, que formalizou.*

12. *Afirmando, outrossim, a violação do princípio do Promotor Natural encaminhe-se cópia deste pronunciamento ao il. Corregedor-Geral do Ministério Público Federal para as providências cabíveis.*

13. *Sejam os interessados, os ils. Colegas Renita Kravetz, Sérgio Arenhart e Pedro Paulo Reinaldim cientificados deste pronunciamento".*

A **censura** da **Procuradoria-Geral da República** à violação ao princípio do **promotor natural** – por iniciativa da **Procuradoria dos Direitos do Cidadão** -, tanto mais no âmbito coletivo de ação civil pública, encontra guarida não apenas no veto à propositura de “ações espetaculares”, mas, também, no **repúdio institucional** que, no Estado Democrático de Direito, a doutrina e o magistério do Supremo Tribunal Federal dispensam ao “**promotor de encomenda**” ou “**promotor de exceção**”.

“**O promotor natural é o reverso do chamado promotor de encomenda**”, lembra Hugo Nigro Mazzilli (“Regime Jurídico do Ministério Público”, págs. 82/84, Edit. Saraiva, 3ª edição, 1996).

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho anota que "o órgão ministerial, embora uno e indivisível, distribui suas atribuições por suas diversas lotações. Cada membro responde exclusivamente por sua lotação. Trata-se de situação semelhante àquela do Judiciário. Embora a Jurisdição seja una, ela é dividida por competências. Em razão disso, ainda que todos os juizes estejam investidos de jurisdição, sua atuação está adstrita aos limites de sua competência. No caso do Parquet, embora todos os seus membros o representem, em decorrência dos princípios da unidade e da indivisibilidade, somente podem fazê-lo dentro dos limites de suas atribuições, a qual é estabelecida em decorrência de sua lotação. Logo, membro lotado em determinada região não pode estabelecer obrigações com validade em outras regiões e, muito menos, com validade nacional" ("Os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público do Trabalho e a abrangência territorial dos termos de ajustamento de conduta por ele firmados", Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 16, nº 61, pág. 71, jan./mar. 2008").

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro adverte que "é a lei que delimita o âmbito de abrangência para atuação do órgão, bem como os limites da atribuição do cargo no qual o agente poderá, legalmente, exercer suas funções. Portanto, a unidade do Ministério Público não significa que qualquer de seus membros poderá praticar qualquer ato em nome da instituição, mas sim, sendo um só organismo, os seus membros "presentam" (não representam) a instituição sempre que atuarem, mas a legalidade de seus atos encontra limites no âmbito da divisão de atribuições e demais princípios e garantias impostas pela lei. Da mesma forma, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, se manifesta através dos diversos juízos, presente também aqui o princípio da unidade. O fato de um juiz absolutamente incompetente julgar uma causa não quer dizer que a instituição judiciária não se está manifestando. Está sim; entretanto, o processo contém vício porque o juiz extrapolou o âmbito de sua competência, fixado na lei" ("O ministério público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito", 5ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, págs. 44/45).

A posição da doutrina encontra amparo no **Supremo Tribunal Federal**, no sentido de que, no regime constitucional de 1.988, ainda quando possível a **mitigação do postulado do promotor natural**, pelo sistema normativo, a matéria deve ser objeto de lei específica, não "de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição".

"HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR-INOCORRÊNCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES. (HC 67759, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1992, DJ 01-07-1993 PP-13142 EMENT VOL-01710-01 PP-00121).

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal avaliou a eventual usurpação das funções ministeriais pela chefia da instituição, a Procuradoria-Geral.

O Ministro Celso de Mello: “É preciso velar pela dignidade institucional do Ministério Público e impedir que Procuradores-Gerais, despojados da consciência que lhes impõe o momento histórico que vive a Instituição, venham, por razões menores ou pela desprezível vontade de agir servilmente, a degradá-la, convertendo-a, desse modo, em inaceitável instrumento de pretensões contestáveis”.

A manifestação atual, **radical – sem dúvida** -, da Procuradoria-Geral da República, acima transcrita, lembra que a **degradação** da instituição ministerial, como “**inaceitável instrumento de pretensões contestáveis**”, também pode ser operada em outros níveis da carreira.

A imputação realizada por órgão do Ministério Público Federal destituído de atribuição e o seu processamento por juízo manifestamente incompetente são questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição.

Por estes fundamentos, **suspendo, de ofício**, o andamento da ação civil pública, no que diz respeito à agravante.

Determino a extração de cópias deste recurso, para remessa **imediata** à **Procuradoria da República de São Paulo (SP)**, para a adoção da providência que entender cabível, em face dos indícios de irregularidades apontados nos documentos.

Publique-se. Intime-se, com urgência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031364-16.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: ASSOCIACAO DOS DOCENTES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SAO PAULO-EPM, SECAO SINDICAL - ADUNIFESP-SSIND
Advogado do(a) AGRAVADO: LARA LORENA FERREIRA - SP138099-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que deferiu antecipação de tutela em ação civil pública ajuizada pela Associação dos Docentes da Universidade Federal de São Paulo (ADUNIFESP-SSIND), destinada a afastar a extinção de cargos em comissão e funções de confiança, bem como a vedação de ocupação de gratificações, no âmbito da Unifesp, nos termos dos artigos 1º e 3º, do Decreto nº. 9.725/19.

A União, ora agravante, suscita preliminar de ilegitimidade passiva: não teria sido apresentada autorização específica para o ajuizamento da ação, pela entidade de classe.

Aponta a inadequação da via eleita: a ação civil pública não pode ser utilizada para a análise da constitucionalidade em abstrato.

Argumenta que a questão está pendente de análise, no Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.186/DF.

No mérito, afirma que o Decreto nº. 9.725/19 foi editado no contexto de reforma estrutural do Estado brasileiro, realizada com o objetivo de simplificar a administração, desburocratizar e readequar a divisão de trabalho no âmbito do setor público.

A redução de cargos e funções teria por premissa a preservação da prestação pública. Estaria destinada a atingir cargos vagos, de exígua demanda, baixa remuneração ou exclusivo de servidores de nível auxiliar. Não se relacionaria, em específico, com Universidades ou instituições de ensino.

Afirma a inocorrência de afronta à autonomia universitária. O Decreto teria sido editado no exercício da competência constitucional, pelo Chefê do Executivo, para extinguir cargos e funções vagas, nos termos do artigo 84, inciso VI, “a” e “b”, da Constituição.

Argumenta com a Súmula nº. 47, do Supremo Tribunal Federal.

Requer, a final, a antecipação de tutela.

É uma síntese do necessário.

Hipótese de cabimento do agravo de instrumento: artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.

A União, ora agravante, suscitou questões relevantes:

“Insta consignar, de início, que a parte autora não possui legitimidade para ajuizar a presente demanda.

Na qualidade de associação civil não apresentou em momento algum a necessária autorização dos associados para o ajuizamento da demanda.

Importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 573232, com repercussão geral, consolidou sua jurisprudência no sentido de que, para o ajuizamento de ação por associação não basta permissão estatutária genérica, sendo indispensável que a autorização seja dada por ato individual ou em assembleia geral.

Ademais, não há que se cogitar a hipótese de reconhecimento da natureza de sindicato à associação autora. Trata-se de uma associação civil, conforme expressamente prevê o Art. 2º do seu Estatuto Social.

A alegação apresentada pela autora de que constitui uma seção sindical do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES, não encontra respaldo nos autos, não tendo sido juntada qualquer documentação comprobatória nesse aspecto.

A propósito, a decisão que concedeu parcialmente a tutela deixa claro a ausência de documentação nesse ponto, atestando que não foi trazido aos autos documentação específica a respeito da relação jurídica supostamente existente entre a autora e o aludido sindicato.

Assim sendo, de rigor o reconhecimento da ilegitimidade da parte autora, com a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do Art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

(...)

A parte autora busca, na verdade, o controle em abstrato de constitucionalidade do Decreto 9725/19 (norma que rege a matéria). Ora, para decidir o pedido liminar e julgar o mérito da ação o Juízo Federal de 1ª instância deverá analisar, principaliter tantum a compatibilidade constitucional do ato normativo primário acima mencionado.

Nesta seara, importante ressaltar que artigo 102, I, a da Constituição da República entrega ao Supremo Tribunal Federal a função de realizar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

E são clássicas as decisões do STF que fixam a inviabilidade do uso de outras ações para o controle concentrado de constitucionalidade.

Confira-se:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONFUSÃO COM O PEDIDO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (RE 595213 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 15-12-2017 PUBLIC 18-12-2017)

EMENTA: AÇÃO POPULAR – AJUIZAMENTO CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA – FALTA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – REGIME DE DIREITO ESTRITO A QUE SE SUBMETE A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DA CORTE SUPREMA – DOCTRINA – PRECEDENTES – AÇÃO POPULAR NÃO CONHECIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Não compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação popular ajuizada contra a Presidente da República. Precedentes. – A ação popular não se qualifica como sucedâneo dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade nem viabiliza o exame “in abstracto” de situações jurídicas formadas sob a égide da legislação em vigor. (Pet 5859 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015)

Não se pode assim, aceitar o ajuizamento de ação civil pública para declaração de inconstitucionalidade.

E este uso é evidente na presente ação, mesmo que se recorra à já ultrapassada argumentação de o pedido ser incidental. Não, não o é.

O pedido final é expresso ao requer a suspensão definitiva dos artigos do Decreto, sendo impedida de extinguir os cargos comissionados citados, pela alegada inconstitucionalidade.

(...)

Também não há qualquer mácula no Decreto impugnado sob o prisma Constitucional, ou mesmo legal.

Como sabido, há previsão constitucional para a questão:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Ou seja, compete ao Presidente da República dispor sobre a Administração, mediante Decreto; a ele cabe também extinguir cargos e funções vagas.

O Chefe do Executivo tem competência para estabelecer, por decreto, a estrutura interna dos órgãos do Poder Executivo; desmembrar; concentrar; deslocar ou realocar atribuições de órgãos; fazer remanejamento e alterar a denominação de órgãos; e redistribuir cargos, empregos e funções entre órgãos.

Aqui, a respeito de cargos em comissão e funções de confiança, cabe destacar o que prevê a Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

Por estes fundamentos, **de firo** a antecipação de tutela.

Comunique-se ao digno Juízo de 1º grau de jurisdição (25ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP).

Publique-se. Intime-se, inclusive para resposta.

Após, ao Ministério Público Federal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002455-95.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR

Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A

AGRAVADO: VIVA SAUDE INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002455-95.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A
AGRAVADO: VIVA SAUDE INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo contra a decisão monocrática que não provimento ao agravo de instrumento, com fulcro no art. 932, IV, do CPC/15. Prejudicado o pedido de reconsideração interposto.

O agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu o pedido de citação por edital da executada.

Preende o Conselho a reforma da decisão monocrática, com determinação da citação por edital. Aduz que foram realizadas tentativas de citação por meio de todas as modalidades previstas no Código de Processo Civil, razão pela qual a decisão impugnada viola os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da economia e da celeridade processual.

Sem contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002455-95.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A
AGRAVADO: VIVA SAUDE INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão ao agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de agravo de instrumento em face de decisão proferida pelo R. Juízo de Direito da Comarca de Valinhos que, em execução fiscal, indeferiu o pedido formulado pelo agravante, no sentido de se proceder a citação por edital da executada (ID Num. 1694891)

Alega, em síntese, que a citação por edital é admissível por ser necessária ao prosseguimento do processo; que a citação por edital é autorizada desde que o devedor esteja em local incerto e não sabido, o que se consubstancia na medida em que os esforços envidados para localizá-lo forem em vão; que considerando que houve a tentativa de citação via oficial de justiça, conclui-se que, em observância aos artigos 7º, 8º, incisos I e III da Lei nº 6.830/80, bem como em respeito aos artigos 246, IV, 256 e 257, do Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária à LEF (conforme seu artigo 1º) é correta a citação por edital por ser medida indispensável para que os postulados constitucionais do devido processo legal e o contraditório sejam obedecidos.

Processado o recurso sem intimação para contraminuta, em razão da ausência de advogado constituído nos autos, bem como da notícia que a agravada não foi localizada no endereço registrado como seu domicílio.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e inciso V do Código de Processo Civil/2015.

Assim dispõe o art. 8º, I a III, da Lei n.º 6.830/80:

Art. 8º. O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão da Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer de outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado; ou se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por oficial de justiça ou por edital.

A citação por edital só há que ser admitida depois de esgotados os meios possíveis para a localização da executada, do representante legal da agravada, sócios ou mesmo bens passíveis de constrição.

Sob esta óptica, o extinto Tribunal Federal de Recursos sumulou a matéria nos seguintes termos:

Súmula 210. Na execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem bens arrestáveis, é cabível a citação editalícia.

No mesmo sentido, é a Súmula nº 414, do E. Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 414: A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades.

Cito os seguintes julgados do C. Superior Tribunal de Justiça e precedente desta E. 6ª Turma:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. REQUISITOS. ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO CONSIGNOU A EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. AFERIÇÃO DO ESGOTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgRg nos EREsp 756.911/SC (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 3/12/2007), deixou consignado na ementa que, "na execução fiscal, nos termos do art. 8º e incisos da Lei 6.830/80, a citação do devedor por edital é possível após o esgotamento de todos os meios possíveis à sua localização. Ou seja, apenas quando não lograr êxito na via postal e for frustrada a localização do executado por oficial de justiça, fica o credor autorizado a utilizar-se da citação por edital". 2. No presente caso, tendo o Tribunal de origem decidido que não ficou demonstrado o esgotamento dos meios possíveis para se localizar a executada, para se chegar a uma conclusão em sentido diverso, esta Corte Superior teria necessariamente de reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, o que lhe é vedado, consoante enuncia a Súmula 7/STJ. 3. Outrossim, quando o Tribunal de origem não se manifestar acerca da tese defendida pelo recorrente no recurso especial, a despeito de terem sido opostos embargos declaratórios, deve ele interpor o recurso especial alegando violação do artigo 535 do CPC, a fim de obter êxito nesta instância recursal. Na falta dessa alegação, incide o teor da Súmula 211/STJ. 4. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª Turma, AgResp nº 1096510, Rel. Min. Benedito Gonçalves, v.u., DJE 24/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CITAÇÃO POR EDITAL - EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL QUANTO AO COMPLETO ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS PARA A LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR - FRUSTRAÇÃO DAS CITAÇÕES POR CORREIO E POR OFICIAL DE JUSTIÇA - ART. 8º DA LEI N. 6830/80 - EFEITOS INFRINGENTES - POSSIBILIDADE. 1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente na decisão. 2. A Primeira Seção, em 25.3.2009, ao julgar o REsp 1.103.050-BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, recurso admitido na origem sob o regime do art. 543-C do CPC e da Res. n. 8/2008 do STJ, entendeu que, na execução fiscal, só é cabível a citação por edital quando sem êxito as outras modalidades de citação previstas no art. 8º da Lei n. 6.830/1980, quais sejam, a citação pelos Correios, e a citação por oficial de justiça. 3. O acórdão regional, ao afirmar que não foram esgotados todos os meios de localização do executado, restando ainda diligências a serem realizadas pela parte exequente, o fez por não considerar bastantes as tentativas frustradas das citações, via Correios e via Oficial de Justiça, para o deferimento da citação por edital. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes para, reconhecido o cabimento da citação por edital na hipótese, dar provimento ao recurso especial do INSS.

(STJ, 2ª Turma, EAREsp nº 1082386, Rel. Min. Humberto Martins, v.u., DJE 02/06/2009). grifei

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 8º, INCISOS I e III, LEI N. 6.830/80. I - A citação por edital deve ser adotada após o esgotamento de todas as formas de localização do devedor; consoante disposto nos incisos I e III, do art. 8º, da Lei n. 6.830/80, conjugados com os incisos I e II, do art. 231 e inciso I, do art. 232, do CPC. II - A Agravante demonstrou o esgotamento dos meios de localização dos Executados, sobretudo por intermédio de oficial de justiça. III - Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. IV - Agravo de instrumento provido.

(TRF3, 6ª Turma, Ag nº 200703001014576, Rel. Des. Fed. Regina Costa, v.u., DJF3 03/11/2008)

No caso vertente, observo que a empresa não foi localizada no endereço constante da certidão da dívida ativa de fls. 2/7 (ID Num. 1694899 - Pág. 2/7), conforme certificado a fl. 15 (ID Num. 1694903 - Pág. 5).

Contudo, ao que consta dos autos, o agravante não diligenciou perante a JUCESP ou outro meio idôneo no sentido de localizar novo endereço da executada ou se esta permanece sediada no endereço já diligenciado.

Assim, neste momento processual, não se verifica que o ora agravante tenha

Em face do exposto, com supedâneo no art. 932 e inciso IV, do Código de Processo Civil/2015, NEGÓCIO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Intime-se.

Não se verifica qualquer motivo que possa ensejar a reforma da decisão recorrida, que se encontra devidamente fundamentada.

Destaque para o trecho: o agravante não diligenciou perante a JUCESP ou outro meio idôneo no sentido de localizar novo endereço da executada ou se esta permanece sediada no endereço já diligenciado.

Ainda que tenham sido oferecidos dois endereços para citação da parte executada (Av. Alexandre Humberto Moletta, nº 762 – ID 1694903; Rodovia Flavio de Carvalho, nº 67- ID 16949105), em consulta ao sítio eletrônico da JUCESP (<https://www.jucesponline.sp.gov.br/>) é possível observar que nenhum dos endereços fornecidos correspondem ao endereço cadastrado pela empresa de CNPJ Nº 03.410.150/0001-61.

Logo, a agravante não comprovou ter diligenciado perante a JUCESP, não restando evidente a efetiva tentativa de citação em endereço regularmente cadastrado e o esgotamento de todos os meios disponíveis de localização da devedora. Assim, incabível a citação por edital.

Em face de todo o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

Em consulta a internet, verifiquei que em relação ao CNPJ 03.410.150/0001-61 o endereço apontado é exatamente aquele indicado em segundo lugar e onde a firma não foi encontrada;

EMENTA

AGRAVO INTERNO. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DA PARTE EXECUTADA. CITAÇÃO POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ainda que tenham sido oferecidos dois endereços para citação da parte executada (Av. Alexandre Humberto Moletta, nº 762 – ID 1694903; Rodovia Flavio de Carvalho, nº 67- ID 16949105), em consulta ao sítio eletrônico da JUCESP (<https://www.jucesponline.sp.gov.br/>) é possível observar que nenhum dos endereços fornecidos correspondem ao endereço cadastrado pela empresa de CNPJ Nº 03.410.150/0001-61.

2. Logo, a agravante não comprovou ter diligenciado perante a JUCESP, não restando evidente a efetiva tentativa de citação em endereço regularmente cadastrado e o esgotamento de todos os meios disponíveis de localização da devedora. Assim, incabível a citação por edital.

3. Agravo Interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Relatora, Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, com quem votou o Desembargador Federal Fábio Prieto; restando vencido o Desembargador Federal Johanson Di Salvo, que dava provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004112-42.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VETOR COMERCIAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDREA ZUCHINI RAMOS - SP296994-A, TAYLA KARIANE ROCHA RODRIGUES - SP344861-A, NATANAEL MARTINS - SP60723-A, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004112-42.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VETOR COMERCIAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDREA ZUCHINI RAMOS - SP296994-A, TAYLA KARIANE ROCHA RODRIGUES - SP344861-A, NATANAEL MARTINS - SP60723-A, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela União Federal, em face de decisão monocrática (ID nº 89934231) que, com fundamento no art. 932, V, do CPC/2015, **negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).

A sentença concedeu a segurança para reconhecer indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, autorizando a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos, após o trânsito em julgado, observada a prescrição e eventual modulação dos efeitos pelo STF.

Apelou a União Federal sustentando a constitucionalidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS. Requeru subsidiariamente, seja reconhecida a prescrição quinquenal.

A agravante pretende, agora, a reforma da decisão monocrática, sustentando, inicialmente, a necessidade de se suspender o feito até a publicação do acórdão resultando do julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706/PR, no qual a União Federal pleiteou a modulação de efeitos do julgado. Afirma que é necessário que se aguarde a definitividade para aplicação da tese firmada pelo STF, respeitando-se, assim, o princípio da segurança.

Quanto ao mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A empresa agravada manifestou-se, em contrarrazões, pela manutenção da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como pela aplicação da multa prevista no art. 1021, § 4º, do CPC/2015.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004112-42.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VETOR COMERCIAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: ANDREA ZUCHINI RAMOS - SP296994-A, TAYLA KARIANE ROCHA RODRIGUES - SP344861-A, NATANAEL MARTINS - SP60723-A, MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

(...) Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.

(...) Não assiste razão à União Federal, devendo a remessa necessária ser parcialmente provida.

Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johonsom di Salvo / DE. 14.03.17 e A100008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.

Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perflhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johanson de Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.

3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudicá-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.

4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar 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 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 64171072).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

*Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial**, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07).*

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática e os argumentos deduzidos no agravo interno não tem o condão de fragilizar os fundamentos supramencionados.

Em relação aos embargos de declaração opostos frente à decisão do STF no RE 574.706, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, pois o precedente firmado pelo STF não exige o trânsito em julgado para surtir efeitos.

Registre-se, ainda, a impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/2015 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Confira-se:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MATÉRIA PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO NO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA ADI N. 1.851/AL DO STF. ESTADO DE SÃO PAULO. PRECEDENTES. SÚMULA N. 280/STF. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO OCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO DE DIREITO A COMPENSAÇÃO. SÚMULA N. 213/STJ. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS. POSSÍVEL. CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITOS ESCRITURADOS. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. SÚMULA VINCULANTE N. 17/STF.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de restituição de valores recolhidos de ICMS no regime de substituição tributária na hipótese de não ocorrência do fato gerador, ainda que o preço de venda tenha sido inferior à base de cálculo presumida.

2. É entendimento pacífico nesta Corte Superior que "a pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ, salvo determinação expressa da Suprema Corte". Nesse sentido: AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.413.554/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/11/2014; AgRg no REsp 1.303.662/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/3/2015. (...)

(ADRESP 201301326370 / STJ - SEGUNDA TURMA / MIN. HUMBERTO MARTINS / DJE DATA:22/10/2015)

Nesse sentido vem decidindo essa 6ª Turma, inclusive quanto à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, conforme se verifica dos seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RE 574.706. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. RE 592.616. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE DESTAQUE OU DISTINÇÃO DA IRRESIGNAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

(...)

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo interno improvido.

(TRF3, 6ª Turma, AC 5000444-97.2017.4.03.6121, Rel. Juíza Federal Convocada Leila Paiva Morrison, julgado em 23/07/2019, Intimação via sistema 29/07/2019, grifei)

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. RE N.º 574.706-PR. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE n.º 574.706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE n.º 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

4. Também não prospera a alegação da agravante de que prevaleceu no julgamento do RE 574.706/PR, o entendimento de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher; uma vez que, como bem destacou o E. Relator em seu voto, não houve distinção, no STF, quanto ao ICMS a ser excluído, conforme explicitado no voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia.

5. Deixa-se, contudo, de se arbitrar honorários recursais, uma vez que já fixados no ato decisório anterior.

6. Agravo interno desprovido.

(TRF3, 6ª Turma, AC/REO 5002833-21.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto, julgado em 01/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 de 05/04/2019)

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. 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.

3. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

4. De outro lado, não houve distinção, no STF, quanto ao ICMS a ser excluído.

5. Agravo interno improvido.

(TRF3, 6ª Turma, AC/REO 5000125-63.2017.4.03.6143, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto, julgado em 01/03/2019, Intimação via sistema 08/03/2019)

Por fim, não há como acolher o pleito da agravada formulado em contrarrazões recursais (ID nº 89908869), pois, à toda evidência, não há fundamento jurídico para justificar a aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1021, do CPC/15, ou a condenação da agravante em *litigância* de má-fé, nos termos dos arts. 80 e 81 do CPC/15.

Nesse sentido vem decidindo essa 6ª Turma: - AC 5000554-80.2018.4.03.6115, Rel. Juíza Federal Convocada Leila Paiva, julgado em 26/07/2019, DJ 01/08/2019) e - AC 5002041-52.2017.4.03.6105, Rel. Juíza Federal Convocada Leila Paiva, julgado em 26/07/2019, intimação via sistema 31/07/2019.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO INTERNO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. TESE FIRMADA PELO STF. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RE 574.706. MULTA DO ART. 1021, § 4º, DO CPC/2015: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma. Eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, pois o precedente firmado pelo STF não exige o trânsito em julgado para surtir efeitos. O sobrestamento exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte. Interpretação ao art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.
2. O STF, no RE 574706 (tema 69, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73 - art. 1036 do CPC/15), firmou a tese no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
3. A orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, em nada altera a conclusão, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa.
4. A extensão do âmbito probatório em mandado de segurança está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar, mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da condição de credora tributária. Entendimento do STJ e desta Turma.
5. O prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração.
6. Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.
7. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. Precedentes da 6ª Turma.
8. Não há fundamento jurídico para justificar a aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1021, do CPC/2015. Rejeitado pedido formulado em contrarrazões.
9. Precedentes da 6ª Turma.
10. Agravo interno da União Federal não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009939-30.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: ALVES DE SOUZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERESSADO: LUIZ CARLOS VOLPONI

Advogados do(a) AGRAVANTE: GUILHERME CHAVES SANTANNA - SP100812, JOSE FERNANDO CEDENO DE BARROS - SP92968, RAFAEL ROSEMBERG - SP351740

Advogado do(a) INTERESSADO: MARCIA APARECIDA MACIEL ROCHA - SP113762

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 23 de dezembro de 2019

Destinatário: AGRAVANTE: ALVES DE SOUZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

INTERESSADO: LUIZ CARLOS VOLPONI

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

O processo nº 5009939-30.2019.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subseqüentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 06/02/2020 14:00:00

Local: Sala de Sessão - Pauta de Aditamento 6ª Turma - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

SUBSECRETARIA DA 7ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5852799-86.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

APELANTE: MARLI MONTEIRO SABINO

Advogado do(a) APELANTE: ENY SEVERINO DE FIGUEIREDO PRESTES - SP61181-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no processado refere-se à concessão de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, conforme postulado na exordial, cuja competência para conhecer e julgar não é deste Colendo Tribunal, consoante disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição da República, *verbis*:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do trabalho;"

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionou, pacificando a matéria, sendo que restou firmada a competência da Justiça Estadual nos casos de ação acidentária, quer seja para a concessão ou revisão:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. CONCESSÃO. RESTABELECIMENTO. REVISÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

Nas ações em que se discute a concessão, restabelecimento ou revisão de benefício decorrente de acidente de trabalho, compete à Justiça Estadual o julgamento da demanda, ante a competência prevista no art. 109, I, da Constituição. Precedente da Terceira Seção do STJ e do STF.

Conflito conhecido para declarar a competência Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Jaú/SP."

(STJ; 3ª Seção; Conflito de Competência - 69900; Relator Juiz Fed. Convocado Carlos Fernando Mathias; DJ: 01/10/2007)

Transcrevo, ainda, julgado da Excelsa Corte acerca do tema:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. ART. 109, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA.

1. As ações acidentárias têm como foro competente a Justiça comum, a teor do disposto no art. 109, I da Constituição Federal, que as excluiu da competência da Justiça Federal.

2. Reajuste de benefício acidentário. Competência da Justiça estadual não elidida. Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF; Recurso Extraordinário 204204; Relator Ministro Mauricio Correa; 10.12.2003)

Diante do exposto, determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da incompetência desta E. Corte para análise e julgamento do feito, dando-se baixa na Distribuição.

Intimem-se.

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão que, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de expedição de ofício requisitório do valor incontroverso.

Irresignada, a agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, a possibilidade de prosseguimento da execução quanto à parte incontroversa do débito.

Decido.

Recebo o presente recurso nos termos do § único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil independente de preparo, em face da concessão da justiça gratuita na ação subjacente.

Iniciada a fase de cumprimento do julgado, o exequente apresentou cálculo de liquidação no valor total de R\$ 8.160,36, atualizado até 06/2019.

O INSS opôs impugnação ao cumprimento de sentença, nos quais alega a existência de excesso na execução e reconhece como efetivamente devido o valor de R\$ 5.438,40, calculado para 06/2019.

Destarte, a parte agravante requereu a expedição de ofício requisitório do valor incontroverso, sendo o pedido indeferido pela decisão agravada.

Comefeito, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de ser possível a execução do montante incontroverso do débito, mesmo se tratando de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VALOR INCONTROVERSO. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. POSSIBILIDADE.

1. É viável a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor quanto à parte incontroversa, malgrado o manejo de embargos parciais à execução.

2. A Corte Especial, ao apreciar os EREsp 404.777/DF, definiu que, para efeito de ação rescisória, não se admite o ataque a capítulo da sentença não impugnado via recurso, enquanto o processo permaneça em trâmite. Entendimento que não interfere na definição da possibilidade de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor em relação à parte incontroversa da execução.

3. Todavia, o entendimento esposado em nada interfere na possibilidade de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor em relação à parte incontroversa da execução. Isto porque, neste caso, (a) já existe uma sentença (acórdão) definitiva, transitada em julgado, e (b) um reconhecimento parcial dos valores em execução; a Fazenda Nacional concordou, nos seus embargos, com parte do montante apontado como devido pelos exequentes, isto é, não existe mais controvérsia sobre este ponto. Precedente: EREsp 700.937/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Zavascki.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AGREsp nº 1045921, Rel. Min. Castro Meira, j. 02/04/2009, v.u., DJE 27/04/2009)

“PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OFERECIMENTO DE EMBARGOS PARCIAIS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO NO TOCANTE À PARTE INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE.

I - A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é possível a expedição de precatório relativamente à parte incontroversa da dívida quando se tratar de embargos parciais à execução opostos pela Fazenda Pública.

Precedentes: EREsp nº 759.405/PR, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 21/08/2008, AgRg nos EREsp nº 692.044/RS, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 21/08/2008, EREsp nº 658.542/SC, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 26/02/2007, EREsp nº 668.909/RS, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 21/08/2006.

II - Embargos de divergência conhecidos, porém rejeitados.

(STJ, EREsp 638597/RS, Corte Especial, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 29/08/11)

E, mais, julgados desta Egrégia Corte:

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PRECATÓRIO/REQUISITÓRIO. VALOR INCONTROVERSO. ARTIGO 535, § 4º, DO NCPC. SÚMULA 31 DA AGU. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Recurso conhecido, nos termos do parágrafo único, do artigo 1.015, do NCPC.

2. Com a vigência do NCPC, a matéria é tratada no Título II - Do Cumprimento da Sentença - Capítulo V - Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Pagar quantia certa pela Fazenda Pública, artigos 534 e 535.

3. Destaque-se o disposto no § 4º, do artigo 535.

4. Reformada a r. decisão agravada, eis que contraria o entendimento da jurisprudência, consolidada na vigência do CPC/73, do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito da admissibilidade da expedição de precatório da parcela incontroversa.

5. A Autarquia considerou como devida a quantia total de R\$ 865.751,03, em 06/2016.

6. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 593849 - 0001023-63.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 06/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2017)

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.187/05. PROCESSAMENTO NA FORMA DE INSTRUMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 527, II, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RECEBIMENTO NO EFEITO SUSPENSIVO APENAS NO TOCANTE À PARTE CONTROVERTIDA.

I - Reconhecida a presença dos requisitos de admissibilidade do processamento do recurso na forma de instrumento, com fulcro no art. 527, II, do CPC, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005.

II - O Juízo a quo concedeu efeito suspensivo aos embargos à execução apenas no tocante aos valores controvertidos, correspondente à diferença entre o valor da execução proposta pelos autores e aquele reconhecido pelo INSS.

III - Em se tratando de embargos parciais, o valor reconhecido como incontroverso pode ser executado normalmente, não cabendo a concessão de efeito suspensivo no tocante a esse montante. Precedentes do STJ e desta Corte.

IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF/3ª Região, 0087366-14.2007.4.03.0000, Nona Turma, Rel. Desembargadora Federal Relatora MARISA SANTOS, DJF3 de 29/07/10)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO PARA PAGAMENTO DO VALOR INCONTROVERSO. I - Com o reexame do agravo de instrumento pelo órgão colegiado, que ora se realiza por ocasião do julgamento deste agravo, resta prejudicada a questão referente ao alegado vício da apreciação monocrática. Plenamente cabível a aplicação do artigo 557 ao presente caso, porquanto a decisão ora agravada apoiou-se em jurisprudência dominante proferida pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Ressalto que não se exige que a jurisprudência dos Tribunais seja unânime ou que exista Súmula a respeito da matéria. II - É pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser possível a execução do montante incontroverso do débito, mesmo se tratando de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. III - Preliminar rejeitada. Agravo do INSS improvido (art. 557, §1º, do CPC).

(TRF/3ª Região, AG nº 0018070262024030000, relator Desembargador Federal Sergio Nascimento, publicado no e-DJF3 Judicial de 22.08.2012)

Essa, aliás, a nova redação do Código de Processo Civil de 2015 que, expressamente (art. 535, § 4º), autoriza o imediato cumprimento da sentença, quando há aspecto incontroverso no litígio.

Ante o exposto, **de firo a antecipação da tutela recursal**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, 16 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025439-39.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: MARY OTA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARION SILVEIRA REGO - SP307042-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, acolheu em parte a impugnação apresentada, determinando o prosseguimento do feito com base nos cálculos da contadoria.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que devem ser aplicados os critérios estabelecidos no título executivo, que determina a incidência de juros de 1% ao mês e correção monetária com base no INPC.

Tendo em vista a declaração apresentada, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita. Desnecessário, portanto, o recolhimento das custas processuais.

Considerando-se que o presente agravo de instrumento foi interposto sem pedido liminar, intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 16 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026379-04.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: JOSE PEREIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em ação previdenciária em fase de execução, rejeitou seu pedido de requisição dos valores considerados incontroversos.

A parte agravante sustenta, em síntese, que devem ser utilizados para fins de correção monetária os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ao invés da Lei nº 11.960/2009. Requer, por fim, a concessão de medida liminar, com a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo.

Decido.

Tendo em vista a parte autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, desnecessário o recolhimento das custas processuais e do porte de remessa e retorno dos autos.

No mais, considerando-se que o presente agravo de instrumento foi interposto sem pedido liminar, intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032219-92.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: DOUGLAS EDUARDO LONGHINI

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALESSANDRA MAGALHAES SANTOS DE ARAUJO - SP347681-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por DOUGLAS EDUARDO LONGHINI, em face de decisão que indeferiu os benefícios da justiça gratuita.

Alega-se, em síntese, que a parte agravante não reúne condições para arcar com as despesas processuais.

Nesse passo, pede 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 (*periculum in mora*) e a probabilidade de provimento do recurso (*fumus boni iuris*).

No caso dos autos, não diviso, *prima facie*, o *fumus boni iuris* necessário para a atribuição do efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Nos termos do artigo 98 do CPC/2015, “*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*”.

Já o artigo 99, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, preceitua que “O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos 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 pressupostos” e que “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

Diante desse contexto normativo, pode-se concluir que (i) a declaração de hipossuficiência prestada por pessoa natural presume-se verdadeira, sendo, a princípio, suficiente para a concessão do benefício da justiça gratuita; e (ii) essa presunção não é absoluta, mas sim relativa, podendo ser elidida por evidências em sentido contrário, hipótese em que o benefício será indeferido ou revogado, conforme o caso.

Isso é o que se infere, também, da jurisprudência desta C. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO EM RAZÃO DA RENDA AUFERIDA PELO AUTOR. NÃO COMPROVAÇÃO DO COMPROMETIMENTO DE SEU SUSTENTO E DE SUA FAMÍLIA.

- Conforme dispõe a Lei nº 1.060, de 05.02.1950, em seu artigo 4º, caput, para a concessão do benefício de Assistência Judiciária Gratuita basta a simples afirmação da sua necessidade. Contudo, o mesmo dispositivo, em seu parágrafo primeiro, reconhece que a referida presunção de pobreza admite prova em contrário, podendo ser o benefício indeferido, desde que fundamentadamente.

- No caso em análise, determinou-se o recolhimento das custas processuais sob o fundamento de que de que a renda mensal recebida pela parte autora revelaria capacidade econômica para arcar com as custas processuais.

- Existem provas suficientes de que a autora possui condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo, já que a remuneração percebida pelo autor consiste em quantia razoável para os padrões brasileiros, de modo que a decisão agravada não merece reforma, até porque o autor não diligenciou no sentido de trazer aos autos qualquer documento apto a comprovar o comprometimento do orçamento com despesas extraordinárias ou situação de hipossuficiência econômica.

- Os argumentos trazidos pelo agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

- Agravo Legal ao qual se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 565783 - 0020683-14.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 30/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2015)

No caso concreto, há nos autos elementos que infirmam a declaração de hipossuficiência apresentada pela parte autora, motivo pelo qual, a princípio, deve ser mantida a decisão de primeiro grau.

Nesse ponto, vale destacar que é fato incontroverso que o agravante auferiu remuneração da ordem de R\$ 7.966,71, valor muito superior à renda média do trabalhador brasileiro que, segundo o IBGE, é de R\$2.200,00 no ano de 2018, bem como o teto considerado por esta C. Turma, que é de R\$ 3.000,00.

Diante disso, considerando que as despesas apresentadas pelo recorrente não representam despesas extraordinárias comparadas as que normalmente são suportadas pela maioria da população de classe social semelhante, entendo que não restou demonstrada a impossibilidade de se arcar com os gastos processuais, não tendo, assim, se desvencilhado do ônus de provar a alegada hipossuficiência.

Nesse cenário, não há como se vislumbrar o *fumus boni iuris* necessário à concessão da tutela de urgência recursal.

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, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026439-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ELIANA CRISTINA DEL PUPO
SUCEDIDO: URBANO LANEZA
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIS ENRIQUE MARCHIONI - SP130696-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária em fase de execução, julgou improcedente a impugnação apresentada pela Autarquia.

O INSS sustenta que os valores em atraso devem ser corrigidos monetariamente com base na Lei nº 11.960/2009. Requer ainda a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Decido.

Inicialmente, cumpre observar que o E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.205.946 adotou o entendimento de que os juros de mora e a correção monetária são consectários legais da condenação principal e possuem natureza processual, sendo que as alterações do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, introduzida pela Lei nº 11.960/09 tem aplicação imediata aos processos em curso, consoante ementa ora transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas "condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza", quais sejam, "os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7 Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos. (g.n.)

(REsp 1.205.946, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/02/2012)

No entanto, por ocasião do julgamento do RE 870947, ocorrido em 20/09/2017, o C. STF expressamente afastou a incidência da Lei nº 11.960/2009 como critério de atualização monetária, fixando a seguinte tese:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Desse modo, para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, aplicam-se os critérios estabelecidos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação, observando-se, contudo, o quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE 870947.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao MM. Juízo de origem

Intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032170-51.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

AGRAVANTE: JOAO JORGE CHAUDE, ANA PAULA CHAUDE

Advogado do(a) AGRAVANTE: CATIA CRISTINE ANDRADE ALVES - SP199327-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: CATIA CRISTINE ANDRADE ALVES - SP199327-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOÃO JORDE CHAUDE E OUTRA, em face da r.decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que declarou a incompetência deste Juízo e determinou a remessa destes autos ao Juizado Especial Federal.

Sustentam os agravantes que se trata de execução individual de sentença proferida em ação civil pública que tramitou perante a 3ª Vara Federal da Capital de São Paulo, sendo o D. Juízo competente para apreciação e julgamento deste feito. Ademais, ainda que o valor da execução seja inferior a sessenta salários mínimos, há óbice ao processamento da ação perante o Juizado Especial Federal, que detém competência apenas para a execução de títulos extrajudiciais, observado o limite ao valor da causa, e de suas próprias sentenças. Acrescente-se, também, que há incompatibilidade do procedimento de execução de título executivo extrajudicial com o rito célere adotado no Juizado Especial Federal.

Requer seja o presente recurso regularmente processado e recebido NO EFEITO SUSPENSIVO, dando ao final PROVIMENTO ao Agravo, para determinar o prosseguimento do feito perante a 1ª Vara Federal de Americana/SP.

É o relatório. DECIDO.

A decisão agravada foi fundamentada da seguinte maneira:

“DECISÃO

Trata-se de cumprimento de sentença do título judicial constituído nos autos da Ação Civil Pública nº 0011237-82.2003.403.6183, da 3ª Vara Federal Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo, que condenou o INSS a revisar os benefícios previdenciários concedidos no Estado de São Paulo, referente à variação integral do IRSM para o mês de fevereiro de 1994 (39,67%), bem como a pagar os valores não prescritos, com incidência de juros de mora e correção monetária.

O INSS apresentou impugnação (id. 15364428).

Manifestação pelos requerentes (id. 16038796).

DECIDO.

Preliminarmente, verifico que o presente cumprimento de sentença é proposto por JOÃO JORGE CHAUDE e ANA PAULA CHAUDE, tratando-se, assim, de litisconsórcio ativo. O bem da vida pleiteado é divisível e pode ser concedido aos sucessores que comparecerem em juízo, ainda não compareçam todos eles. Nesta hipótese, na linha da jurisprudência, deve se proceder a divisão do valor atribuído à causa pelo número de litisconsortes. Isso porque, para que se fixe a competência dos Juizados Especiais, deve ser considerado o valor de cada autor, individualmente, não importando se a soma ultrapassa o limite dos 60 (sessenta) salários mínimos.

(...)

Portanto, dividindo-se o valor da causa pelo número de litisconsortes, chega-se à quantia de R\$ 31.441,42, inferior a sessenta salários mínimos.

Entendo, pelo valor apurado e pelas razões a seguir expostas, que este Juízo é incompetente para o processamento e julgamento do presente cumprimento de sentença.

Nos termos do art. 516, inciso II, do CPC/2015, regra geral aplicável às Varas Federais, o cumprimento de sentença efetuar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

Por outro lado, a Lei nº 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, estabelece regra que guarda paralelismo com aquela relativa às Varas Federais, no que tange à execução de títulos judiciais:

“Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”

É certo que o e. STJ, no julgamento do Recurso Representativo de Controvérsia n. 1243887, decidiu que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário”, (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1243887 2011.00.53415-5, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:12/12/2011 DECTRAB VOL.:00210 PG:00031 RSTJ VOL.:00225 PG:00123), rompendo com uma interpretação literal do art. 516, inciso II, do diploma processual civil, e, conseqüentemente, do art. 3º, caput, da Lei nº 10.259/01.

Portanto, considerando que uma das partes credoras é domiciliada em Americana/SP, plenamente possível o trâmite desta demanda na Subseção Judiciária de Americana.

Resta, contudo, saber se a presente ação deve ser processada nesta Vara Federal ou no Juizado Especial Federal local.

Conforme acima exposto, o valor da causa dividido por litisconsorte é de **R\$ 31.441,42**, montante inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, o que indica a competência do Juizado Especial Federal para processar a demanda, nos termos do caput, do art. 3º da Lei 10.259/01.

Em que pese haver entendimento manifestado pela c. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em alguns casos, em sentido diverso, pontue-se que a interpretação a ser conferida ao art. 3º, da Lei nº 10.259/01, não deve ampliar as causas excluídas da competência dos Juizados Especiais Cíveis, privilegiando o acesso do jurisdicionado à celeridade e à simplicidade que norteiam o procedimento sumaríssimo. Com efeito, a previsão do art. 3º da Lei nº 10.259/01 no sentido de que compete aos Juizados Especiais Federais “executar as suas sentenças”, ao implicar tal regra de competência funcional, não está a excluir a competência dos JEFs para executar outros títulos judiciais não excluídos expressamente no §1º do dispositivo.

(...)

Ademais, cumpre registrar que o legislador ordinário, ao regulamentar a competência para o cumprimento de sentença (art. 516, CPC/15 e art. 3º, caput, da Lei nº 10.259/01), privilegiou o juízo competente para análise do feito em primeiro grau de jurisdição.

Assim, se a parte autora, para ingressar com a presente demanda, na fase de conhecimento, deve fazê-lo no Juizado Especial (considerando a matéria e o valor da causa), do mesmo modo deve executar título judicial relacionado aos mesmos fatos e direito naquele juízo. Tal solução é que melhor se amolda ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, CFRB/88), impedindo que o autor, burlando a competência absoluta do Juizado Especial Federal, faça a “opção” por ajuizar a execução de sentença coletiva perante outro juízo, em afronta ao princípio da indisponibilidade que norteia referida competência.

Não se está reconhecendo competência do Juizado Especial Federal para julgar ação coletiva especialmente relacionada a direitos difusos ou coletivos, ou mesmo em demandas coletivas que digam respeito a direitos individuais homogêneos, ajuizadas por aqueles com legitimidade extraordinária para tanto; porém, assim como podem processar demanda individual relativa a direitos individuais homogêneos, os Juizados Especiais Federais têm competência para liquidar e executar a sentença proferida em ação coletiva, promovidas individualmente, o que se coaduna com o art. 97, do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Portanto, considerando a matéria em análise nos autos, não excluída pelo parágrafo 1º do art. 3º da Lei 10.259/01, e o valor da causa, inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, tem-se que o juízo competente para análise do feito em primeiro grau de jurisdição é o Juizado Especial Federal local.

Sendo assim, **declino da competência** para o JEF-Americana, nos termos do art. 5º, LIII, CFRB/88, art. 516, CPC/15 e art. 3º da Lei nº 10.259/01.

Intimem-se as partes e, decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao SEDI para redistribuição ao r. juízo competente.

Cumpra-se”.

Trata-se de ação de execução individual de sentença proferida em ação civil pública por juízo de Vara Federal.

No caso, a referida ação civil pública de nº 0011237-82.2003.403.6183 tramitou perante a 3ª Vara Federal Previdenciária de São Paulo e condenou o INSS a revisar os benefícios previdenciários, para que os salários de contribuição utilizados no PBC, referentes a fevereiro de 1994, fossem corrigidos integralmente pelo índice do IRMS, no percentual de 39,7%.

Com efeito, a competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis é determinada pelo art. 3º da Lei 10.259/2001, nos seguintes termos:

*Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, **bem como executar as suas sentenças.***

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

*I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e **as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;***

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput.

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta. (destaquei)

Assim, os Juizados Especiais Federais são competentes para executar as sentenças proferidas em seu âmbito, não havendo previsão, nesse diploma legal, para a execução de outros títulos judiciais.

De igual modo, a Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e de aplicação subsidiária ao caso, também determina a competência para execução de seus próprios julgados. Confira-se:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados:

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

(...) (destaquei)

Não obstante o valor da execução ser inferior a sessenta salários mínimos, há óbice ao processamento da ação perante o JEF, que detém competência apenas para a execução de títulos extrajudiciais, observado o limite ao valor da causa, e de suas próprias sentenças.

Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM PARA A AÇÃO INDIVIDUAL. VALOR EXECUTADO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. IRRELEVÂNCIA. 1- Trata-se de Conflito Negativo de Competência tendo como Suscitante o Juízo do 10º JEF/RJ, a quem fora redistribuída ação de execução individual de sentença proferida em ação coletiva e como Suscitado o Juízo da 24ª VF/RJ. 2- A teor do que dispõe a Lei nº 10.259/2001, em seu art. 3º, caput, os Juizados Especiais Federais Cíveis são competentes para conciliar, processar e julgar causas de competência da Justiça Federal no valor de até sessenta salários mínimos, cabendo-lhe ainda executar suas próprias sentenças, o que vale dizer que as sentenças proferidas por Vara Federal não podem ser processadas/executadas em Juizado Especial Federal, sendo irrelevante o valor a ser executado. 3- Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo suscitado/Juízo da 24ª VF/RJ. (TRF2, 8ª Turma Especializada, CC 00128714520154020000, Rel. Guilherme Diefenthaler, DJe 28/01/2016).

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL DA MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. ART. 3º, CAPUT E § 1º, INCISO I, DA LEI 10.259-2001. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. I. No caso sob exame, entendeu por bem o Magistrado Suscitado declarar a incompetência absoluta daquela Vara Federal para processamento da demanda e declinar da competência para um dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, considerando o valor do direito subjetivo defendido, o valor atribuído à causa - de R\$ 3.850,73 em 22 de junho de 2016 -, que se trata de matéria exclusivamente de direito e por entender que o feito não se enquadrava em quaisquer das excludentes de competência elencadas no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.259/2001. II. Todavia, é da Justiça Comum Federal a competência para processar a execução individual de sentença proferida em ação coletiva, com vistas ao pagamento de diferenças remuneratórias decorrentes do reajuste do percentual de 28,86%, em razão do disposto no art. 3º, caput, da Lei nº 10.259/2001, que restringe a competência para execução dos Juizados Especiais Federais apenas para os seus próprios julgados, e afasta a possibilidade de ser processada em seu âmbito a ação de execução de sentença proferida por Varas Federais, e conforme dispõe o artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 10.259/01 ("Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos." (grifos nossos)). III. Conflito que se conhece para declarar competente o MM. Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ora suscitado. (TRF2, 8ª Turma Especializada, CC 00093592020164020000, Rel. Marcelo Pereira da Silva, DJe 09/02/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ORIUNDA DE AÇÃO COLETIVA. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. 1. Em sede de cumprimento de sentença, a competência dos Juizados Especiais Federais adstringe-se à execução de seus próprios julgados, a teor do Art. 3º, caput, da Lei 10.259/01, c/c Art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 9.099/95, de aplicação subsidiária. 2. Ademais, na hipótese de execução de título judicial oriundo de ação coletiva, incide a regra do Art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 10.259/01, segundo a qual não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. 3. Agravo provido. (TRF3, 10ª Turma, AI 5012703-23.2018.4.03.0000 /SP, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, DJe 12.06.2019).

Dessa forma, impõe-se reconhecer a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Americana/SP para o julgamento da lide.

Presentes os requisitos do art. 1.019, I, do CPC/2015, DEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO ao recurso.

Comunique-se ao Juízo *a quo* o teor desta decisão.

Intime-se o(a) agravado(a) para resposta, nos termos do art. 1.019, II, do mesmo diploma legal.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025400-42.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: ELIANA MARIA DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, determinou a suspensão do processo em razão da afetação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do CPC/2015.

Inconformado com a decisão, o agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, a ilegalidade do sobrestamento do feito nesta fase processual.

Decido.

Com efeito, a lei processual vigente prevê procedimento próprio de impugnação das decisões interlocutórias de suspensão do processo determinadas por força do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil, estabelecendo que, antes da interposição do recurso, cumpre à parte interessada demonstrar distinção entre o caso paradigmático e a questão a ser decidida no processo:

“Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

[...]

§ 9º. Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator.”

No caso dos autos, o agravante não apresentou perante o juízo de primeira instância o requerimento de distinção a que alude o artigo 1.037, § 9º, do Código de Processo Civil, buscando diretamente a via recursal, o que não se mostra cabível.

Nesse sentido:

"DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TEMA AFETADO. DECISÃO DE SOBRESTAMENTO. ART. 1.037, §9º DO CPC. REQUERIMENTO DE DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) – NÃO REALIZADO. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. O presente agravo pretende a reforma de decisão de primeira instância que determinou a suspensão do executivo fiscal em virtude da afetação do tema nela tratado (Tema 987 - STJ: Possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal).

2. Ocorre que a agravante não se atentou para o procedimento correto estabelecido pelo artigo 1.037 do Código de Processo Civil para a impugnação da referida decisão, a qual deve ser feita por meio de requerimento de distinção (distinguishing) dirigido ao juízo de primeiro grau. Precedentes do STJ.

3. Agravo de instrumento não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5026434-86.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 02/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2019)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO RECORRIDA QUE SUSPENDEU O PROCESSO EM RAZÃO DA AFETAÇÃO DA MATÉRIA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO ARTIGO 1.015 DO NCPC. NÃO CABIMENTO DO RECURSO ANTES DE APRECIADO O REQUERIMENTO DE DISTINÇÃO A QUE ALUDE O ARTIGO 1.037, § 9º, DO NCPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. O pronunciamento judicial que determina a suspensão do processo em razão da afetação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do CPC/2015, não está contemplado no rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (artigo 1.015 daquele diploma legal).

2. Somente é cabível agravo de instrumento da decisão que resolver o requerimento de distinção a que alude o artigo 1.037, § 9º, do CPC/2015, o qual não foi deduzido pela parte interessada perante o juízo de primeira instância.

3. Agravo de instrumento não conhecido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000915-75.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 04/04/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/04/2019)

Ante o exposto, **não conheço** do agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Int.

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

São Paulo, 16 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000430-83.2016.4.03.6110
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: ANGELINA MARIA BORGHETTI ARRUDA
Advogado do(a) APELANTE: LIA PALOMO POIANI - SP354149-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os processos REsp n. 1.799.305/PE e REsp n. 1.808.156/SP, selecionados como representativo da controvérsia (CPC, art. 1.036), relator Ministro Mauro Campbell Marques, para uniformizar o entendimento da matéria sobre o seguinte título: "Incidência ou não do fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição de professor, quando a implementação dos requisitos necessários à obtenção do benefício se der após a edição da Lei 9.876/1999."

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1011", na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando a necessidade de suspensão da tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 28/05/2019).

Assim, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027530-05.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: JULIO CEZAR PAIXAO
Advogado do(a) AGRAVANTE: FELIPE KREITLOW PIVATTO - SP317103
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando o restabelecimento de auxílio-doença, indeferiu a tutela de urgência.

Decido.

Comefeito, o artigo 1.016 do Novo Código de Processo Civil, artigo 524 do CPC de 1973, preceitua que "o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente (...)", constituindo tal um requisito de admissibilidade.

Da análise dos autos, verifico que presente agravo foi interposto perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, constatando o caráter eminentemente previdenciário da ação, reconheceu sua incompetência para a apreciação do feito e remeteu os autos a esta Corte.

Comefeito, o fato de o recurso ser protocolado equivocadamente perante Tribunal incompetente não suspende nem interrompe o prazo recursal por consistir em erro grosseiro.

A propósito, confrimem-se os seguintes julgados:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/15). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

I - O fato do recurso haver sido protocolado equivocadamente perante Tribunal incompetente não suspende nem interrompe o prazo recursal, por consistir em erro grosseiro, de modo que há que se reconhecer a intempestividade do agravo. Precedentes jurisprudenciais.

II - Agravo do autor improvido (art. 1.021, CPC/2015).

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 595195 - 0002613-75.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 08/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/08/2017)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

1 - A interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo constitui erro grosseiro e, por conseqüência, não tem o condão de suspender nem interromper o prazo recursal, afigurando-se extemporânea a apresentação do recurso perante esta Corte, não merecendo qualquer reparo a decisão que negou seguimento ao recurso.

2 - Agravo legal improvido."

(TRF-3ª R.; AG 2006.03.00.060183-4/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar; Julg. 29.01.2008; DJU 06.03.2008 -p. 409)

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL NO DOMICÍLIO DO EXECUTADO. JURISDIÇÃO DELEGADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente.

2. Recurso Especial não provido."

(REsp 1024598/RS; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 04.03.2008; DJE 19.12.2008)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ART. 545, CPC. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO INTERNO. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

I - Não se exige da intempestividade a circunstância de o recurso ter sido, no prazo, protocolado erroneamente em tribunal incompetente.

II - É direito da parte vencedora, para sua segurança, ter certeza de que, no prazo legal, perante o órgão judiciário competente, foi ou não impugnada a decisão.

III - Não logrando a parte agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus fundamentos."

(AgRg no Ag 327262/MG; 4ª Turma; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julg. 17.04.2001; DJ 24.09.2001 - p. 316)

Assim, tendo em vista que a decisão agravada foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 12/03/2019 e o presente recurso foi protocolado nesta Corte em 22/10/2019, há que se reconhecer a intempestividade do agravo.

Ante o exposto, a teor do disposto no art. 932, III, do CPC, **não conheço do agravo de instrumento.**

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

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5898120-47.2019.4.03.9999

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 26/12/2019 963/996

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LIGIA TORCANI RIBEIRO DE FAVERE
Advogados do(a) APELADO: LUZIA GUERRA DE OLIVEIRA RODRIGUES GOMES - SP111577-A, GABRIEL DE OLIVEIRA DA SILVA - SP305028-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 11.786.590/SP e 1.788.700/SP, todos da relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036). A matéria neles debatida, consistente na discussão quanto à: "Possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício."

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1013" na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando, ainda, a determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 03/06/2019).

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5789490-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DAVID RENATO MAPELLI
Advogado do(a) APELADO: ANA CRISTINA DOS SANTOS - SP280755-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 1.831.371/SP, 1.831.377/PR e 1.830.508/RS, todos da relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036). A matéria neles debatida, consistente na discussão quanto à: "Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo."

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1031" na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando, ainda, a determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 21/10/2019).

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027520-58.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ANDRE LUIZ ALVES MIRANDA
Advogados do(a) AGRAVADO: RODRIGO VICENTE FERNANDEZ - SP186603-A, ADRIANA ACCESSOR COSTA FERNANDEZ - SP199498-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em sede de ação previdenciária, objetivando a concessão/restabelecimento de auxílio-doença, determinou que o benefício deferido em sede de tutela provisória de urgência fosse mantido até o trânsito em julgado da sentença.

Decido.

Comefeito, o artigo 1.016 do Novo Código de Processo Civil, artigo 524 do CPC de 1973, preceitua que "o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente (...)", constituindo tal um requisito de admissibilidade.

Da análise dos autos, verifico que presente agravo foi interposto perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, constatando o caráter eminentemente previdenciário da ação, reconheceu sua incompetência para a apreciação do feito e remeteu os autos a esta Corte.

Comefeito, o fato de o recurso ser protocolado equivocadamente perante Tribunal incompetente não suspende nem interrompe o prazo recursal por consistir em erro grosseiro.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/15). AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

I - O fato do recurso haver sido protocolado equivocadamente perante Tribunal incompetente não suspende nem interrompe o prazo recursal, por consistir em erro grosseiro, de modo que há que se reconhecer a intempestividade do agravo. Precedentes jurisprudenciais.

II - Agravo do autor improvido (art. 1.021, CPC/2015).

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 595195 - 0002613-75.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 08/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/08/2017)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PERANTE TRIBUNAL INCOMPETENTE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

I - A interposição do agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo constitui erro grosseiro e, por consequência, não tem o condão de suspender nem interromper o prazo recursal, afigurando-se extemporânea a apresentação do recurso perante esta Corte, não merecendo qualquer reparo a decisão que negou seguimento ao recurso.

2 - Agravo legal improvido."

(TRF-3ª R.; AG 2006.03.00.060183-4/SP; 1ª Turma; Rel. Des. Fed. Vesna Kolmar; Julg. 29.01.2008; DJU 06.03.2008 - p. 409)

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE VARA FEDERAL NO DOMICÍLIO DO EXECUTADO. JURISDIÇÃO DELEGADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE.

1. Não se presta a interferir no exame da tempestividade a data do protocolo do recurso perante Tribunal incompetente.

2. Recurso Especial não provido."

(REsp 1024598/RS; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 04.03.2008; DJE 19.12.2008)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO ART. 545, CPC. INTERPOSIÇÃO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO INTERNO. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

I - Não se exime da intempestividade a circunstância de o recurso ter sido, no prazo, protocolado erroneamente em tribunal incompetente.

II - É direito da parte vencedora, para sua segurança, ter certeza de que, no prazo legal, perante o órgão judiciário competente, foi ou não impugnada a decisão.

III - Não logrando a parte agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus fundamentos."

(AgRg no Ag 327262/MG; 4ª Turma; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julg. 17.04.2001; DJ 24.09.2001 - p. 316)

Assim, tendo em vista que a decisão agravada foi encaminhada ao portal eletrônico em 08/03/2019 e certificado o transcurso do prazo para leitura em 18/03/2019, e o presente recurso foi protocolado nesta Corte em 22/10/2019, há que se reconhecer a intempestividade do agravo.

Ante o exposto, a teor do disposto no art. 932, III, do CPC, **não conheço do agravo de instrumento.**

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

Int.

São Paulo, 18 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026550-58.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO

AGRAVANTE: JOSE PEREIRA DOS SANTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, em ação previdenciária em fase de execução, rejeitou seu pedido de requisição dos valores considerados incontroversos.

A parte agravante sustenta, em síntese, que devem ser utilizados para fins de correção monetária os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ao invés da Lei nº 11.960/2009. Requer, por fim, a concessão de medida liminar, com a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo.

Decido.

Tendo em vista a parte autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, desnecessário o recolhimento das custas processuais e do porte de remessa e retorno dos autos.

No mais, considerando-se que o presente agravo de instrumento foi interposto sem pedido liminar, intime-se a parte agravada para resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

HABEAS CORPUS (307) Nº 5033126-67.2019.4.03.0000

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

PACIENTE: TAUL WILIAN MENDES VASCONCELOS

IMPETRANTE: MERHY DAYCHOUM, LUTFIA DAYCHOUM

Advogado do(a) PACIENTE: MERHY DAYCHOUM - SP203965

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Merhy Daychoum e Lutfia Daychoum, em favor de TAUL WILIAN MENDES VASCONCELOS, contra ato da 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP que indeferiu pedido de substituição da medida cautelar de monitoração eletrônica imposta ao paciente (CPP, 319, IX).

Os impetrantes narram que o paciente foi autuado em flagrante em 20.08.2019 pela prática, em tese, do delito do art. 299 do Código Penal ao comparecer à sede da Polícia Federal para retirada de passaporte. Afirmam que, em audiência de custódia, o juízo impetrado lhe impôs a medida cautelar supramencionada, sendo indeferido, posteriormente, o pedido de substituição por outra medida, sob o fundamento de que era desconhecida a sua verdadeira identidade.

Argumentam, todavia, que há excesso de prazo nas investigações, acrescentando, em relação aos fatos apurados, que há dúvida em relação à própria autoria do suposto de delito, versando a falsidade acerca do nome da mãe do paciente aposta na certidão de nascimento e cédula de identidade apresentadas.

Ressaltam que o pedido de prorrogação das investigações não se fez acompanhar de argumentos suficientes, não tendo sido demonstrada qualquer dificuldade para a realização de diligências. Por outro lado, embora a decisão impugnada tenha mencionado “o completo desconhecimento dos dados qualificativos do autuado”, a sua identificação datiloscópica foi realizada depois de sua prisão.

Por fim, alegam que o delito sob investigação não foi praticado mediante violência ou grave ameaça, não se justificando a monitoração eletrônica por mais de 4 (quatro) meses em prejuízo do direito à liberdade, contexto a revelar a desproporcionalidade da medida.

Pedem a concessão da liminar para que seja determinada a substituição da medida de monitoração eletrônica por outras cautelares menos gravosas.

É o relato do essencial. Decido.

No caso, o paciente foi flagrado em 20.08.2019 ao tentar retirar passaporte na Superintendência da Polícia Federal, pois os dados por ele apresentados seriam ideologicamente falsos. Segundo o auto de prisão em flagrante, a certidão de nascimento apresentada, que embasou a expedição de todos os demais documentos, teria sido confeccionada com base em registro tardio, sendo que a mãe declarada pelo paciente teria negado, na mesma data, tê-lo como filho (ID 109045700). Imposta a medida cautelar de monitoração eletrônica, a defesa do paciente pediu a sua revogação, sendo indeferida pelo juízo.

Pois bem. Em um exame provisório, não se constata ilegalidade na decisão ora impugnada, tendo o juízo apresentado fundamentos suficientes para a manutenção da medida cautelar imposta ao paciente.

Conforme ressaltado pelo juízo *a quo*, ainda há dúvidas acerca da real identidade do paciente. Por outro lado, a “identificação” datiloscópica, por si só, nem sempre basta para se revelar os dados da pessoa, principalmente em se tratando de suposto delito de falsidade ideológica em contexto de possível falsificação de documentos públicos. Portanto, quanto a essa questão, é recomendável a manutenção da medida de monitoração, providência adequada diante das peculiaridades do caso.

Por outro lado, também não socorrem aos impetrantes a alegação de excesso de prazo, tratando-se de investigação complexa em um contexto em que sequer há certeza quanto à verdadeira nacionalidade do paciente. Vale destacar que a persecução penal tem em si mesma uma complexidade inerente que demanda dos agentes estatais, desde a investigação, um agir nos limites de valores expressos consagrados no ordenamento jurídico. Por isso mesmo, de modo a assegurar, por exemplo, que direitos fundamentais previstos em lei ao investigado/acusado não sejam violados por um agir açodado da Administração é que se pacificou o entendimento de que os prazos processuais não são peremptórios, constituindo meros parâmetros para aferição de eventual excesso no caso concreto, sempre à luz do princípio da razoabilidade. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL AJUIZADA DE PRÓPRIO PUNHO PELO RÉU. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO. VISTA À DEFENSORIA PÚBLICA PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO PEDIDO. EVENTUAL DELONGA QUE PODE SER ATRIBUÍDA À DEFESA. SÚMULA 64/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. Os prazos para a finalização dos atos processuais não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade.

2. Inviável reconhecer como excessivo o decurso de menos de um ano na tramitação da ação, sobretudo quando não se constata indícios de desídia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito e a delonga pode ser debitada à defesa. Exegese da Súmula 64/STJ. 3. Ordem denegada.

*(HC 201600713165, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:19/05/2016 ..DTPB:.)
(destaquei)*

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

Oportunamente, solicitem-se informações e dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, para parecer, vindo, oportunamente, conclusos.

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

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5032931-82.2019.4.03.0000

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

IMPETRANTE: EVANDO PARIS MANDRAGAO, MARCOS FELIPE GAGLIARDI

PACIENTE: CILENE PORSEBOM RUAS

Advogados do(a) PACIENTE: EVANDO PARIS MANDRAGAO - SP376008-N, MARCOS FELIPE GAGLIARDI - SP376788

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LIMEIRA/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Marcos Felipe Gagliardi e Evando Paris Mandragão, em favor de CILENE PORSEBOM RUAS, contra ato da 1ª Vara Federal de Limeira/SP que recebeu a denúncia formulada em desfavor da paciente, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 337-A, I, do Código Penal.

Os impetrantes alegam, em síntese, que a denúncia ofertada é inepta, pois se mostra genérica e baseada em meras conjecturas, não condizentes com a realidade fática. Aduzem que a inicial também padece de inépcia porque “[a]tribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio”.

Diante disso, requerem a concessão liminar da ordem, para suspender a ação penal originária, inclusive a audiência designada para o dia 03.02.2020, até o julgamento do *writ*.

É o relatório. **DECIDO.**

Extrai-se da denúncia que a paciente, na condição de administradora da empresa TRANSRUAS CARGAS E ENCOMENDAS LTDA, nas competências 01/2007 a 10/2009, teria, em tese, suprimido ou reduzido contribuição social previdenciária e acessórias “[m]ediante omissão de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária, segurados, empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços, os valores de R\$ 102.346,86 e R\$ 1.329,18, lavrados respectivamente nos DECAB’s nºs 37.210.636-6 e 37.210.640-4”.

A denúncia teve como lastro a representação fiscal para fins penais nº 10865.002846/2009-12, bem como os depoimentos prestados pela própria denunciada e por *João Carlos Pinheiro* (ID 108573403).

Em razão disso, foi imputado à paciente a prática, em tese, do crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A, I, do Código Penal.

Pois bem. Não antevejo, nos limites desse juízo de cognição sumária, razões que justifiquem o acolhimento da pretensão liminar da defesa.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que “[o] truncamento 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”. A respeito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO NO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO MAJORADO (ART. 342, § 1º, COMBINADO COM O ART. 29 DO CP). PEDIDO DE REIQUIRIMENTO DE TESTEMUNHAS INDEFERIDO PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRUNCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NOS AUTOS. INVIABILIDADE DE EXAME DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE DOLO CONFIGURADOR DO DELITO NA VIA DO HABEAS CORPUS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O agravante apenas reitera os argumentos anteriormente expostos na inicial do habeas corpus, sem, contudo, aduzir novos elementos capazes de afastar as razões expendidas na decisão agravada.

II – O Superior Tribunal de Justiça não admitiu o recurso ordinário relativamente ao indeferimento do pedido de reinquirição de testemunhas pelo Magistrado de primeiro grau, tendo em vista que essa questão não foi examinada pelo Tribunal de origem. Nesse contexto, reitero que a análise dessa matéria pelo Supremo Tribunal Federal também implicaria indevida supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes.

III – O truncamento 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, sendo nesse sentido o entendimento uníssono desta Suprema Corte.

IV – A jurisprudência deste Supremo Tribunal, em diversas oportunidades, assentou o entendimento de que não se pode substituir o processo de conhecimento pela via excepcional do habeas corpus, o qual se presta, precipuamente, para afastar a manifesta violência ou coação ilegal ao direito de locomoção. Precedentes.

V – Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, HC 170.355 AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.05.2019, DJe-115 Divulg 30.05.2019 Public 31.05.2019)

No caso, a despeito das alegações dos impetrantes, não constato, ao menos neste momento, nenhuma das hipóteses excepcionais acima descritas, na medida em que a materialidade delitiva encontra-se baseada na representação fiscal para fins penais supracitada, sendo possível inferir, outrossim, indícios suficientes de autoria que recaem sobre a paciente, acerca de fatos concretos, consistentes na suposta sonegação da contribuição previdenciária nas competências 01/2007 a 10/2009.

Não é possível reconhecer, neste momento, a inépcia da denúncia, pois, em princípio, os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal foram atendidos, com narrativa das condutas ilícitas imputadas à paciente, bem como aos indícios de autoria aferíveis a partir da sua posição na empresa, a possibilitar o exercício regular do contraditório e a ampla defesa.

Com efeito, a exposição dos fatos, com menção às contribuições cujo recolhimento teria sido reduzido, assim como à responsabilidade da paciente enquanto administradora da sociedade, são elementos suficientes ao início da ação penal, o que afasta, neste juízo de cognição sumária, a alegação de inépcia por ausência de individualização das condutas que lhe foram imputadas.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que nos chamados “crimes societários”, a individualização pormenorizada das condutas imputadas é prescindível. Nesse sentido:

Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Delito contra a relação de consumo. Artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90. Alegada inépcia formal da denúncia. Não ocorrência. Inicial acusatória que descreve suficientemente as condutas imputadas aos agravantes de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa. Crime societário. Desnecessidade de individualização pormenorizada das condutas de cada indiciado. Precedentes. Regimental não provido.

1. *Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado.*
2. *Na hipótese dos autos a denúncia descreveu suficientemente as condutas imputadas aos agravantes, de modo a possibilitar o exercício do direito de defesa.*
3. *Segundo o escólio jurisprudencial da Corte, configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes.*
4. *Regimental ao qual se nega provimento.*

(HC-AgR 137.030/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.02.2017, DJe 24.03.2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. CRIME SOCIETÁRIO. ARTIGO 1º, II, DA LEI Nº 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA NO ATO IMPUGNADO. ATUAÇÃO EX OFFICIO DO STF INVIÁVEL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Nos crimes societários é prescindível a descrição minuciosa e detalhada das condutas de cada autor, bastando a descrição do fato típico, das circunstâncias comuns, os motivos do crime e indícios suficientes da autoria ainda que sucintamente, a fim de garantir o direito à ampla defesa e contraditório. Precedentes: HC 118.891, Primeira Turma, Relator Min. Edson Fachin, DJe 20/10/2015, HC 116.781, Segunda Turma, Relator Min. Teori Zavascki, DJe 15/04/2014, HC 101.754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 25/06/10.*
2. *A negativa de autoria do delito não é aferível na via do writ, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, minha relatoria, DJe 24/09/13; HC 114.616, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/09/13.*
3. *O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 101.754, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/06/10; HC 92.959, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11/02/10.*
4. *In casu, os pacientes foram denunciados pela prática, em continuidade delitiva, do crime tributário previsto no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, em virtude de haverem fraudado a fiscalização tributária, omitindo receita relativa a saídas de mercadorias tributadas em documento exigido pela lei fiscal, creditando-se, indevidamente, do ICMS incidente sobre tais operações, o que teria resultado em prejuízo à Fazenda Estadual superior a 2 (dois) milhões de reais.*
5. *A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.*
6. *Agravo regimental desprovido.*

(HC-AgR 136.822/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.12.2016, DJe 16.12.2016)

Vale lembrar, ainda, que nessa fase processual, de confirmação do recebimento da denúncia e iminência da fase instrutória, não se discute a certeza da imputação, haja vista que não é possível neste juízo liminar, tampouco cabível na presente via estreita de impugnação, aquilatar a efetiva participação da paciente nos fatos narrados, o que demanda dilação probatória.

Disso decorre que o recebimento da denúncia, após a resposta à acusação, sem o reconhecimento de qualquer das hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 397), não padece de flagrante ilegalidade, devendo o feito prosseguir em seus ulteriores termos.

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

Solicitem-se informações à autoridade impetrada, a serem prestadas no prazo de **5 (cinco) dias**.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal, para que se manifeste, retornando os autos, oportunamente, conclusos.

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5032630-38.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS

IMPETRANTE: EDSON LUIZ SILVESTRIN FILHO, RICARDO CALIL HADDAD ATALA, GUSTAVO FUREGATO MATSUO, MARIO DE OLIVEIRA FILHO

PACIENTE: FELIPE DIAS DE AGUIAR

Advogado do(a) PACIENTE: MARIO DE OLIVEIRA FILHO - SP54325

IMPETRADO: OPERAÇÃO VOO BAIXO, SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Mário de Oliveira Filho e outros, em favor de FELIPE DIAS DE AGUIAR, contra ato imputado ao MM. Juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP, que decretou a prisão temporária do paciente pelo prazo de 30 (trinta) dias (art. 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990), bem como determinou a expedição de Mandado de Prisão temporária em face do paciente, nos autos da ação penal nº 0004460-62.2018.4.03.6181.

Em suas razões, afirma, em síntese, que: a) não se afigura imprescindível a prisão do paciente para as investigações do inquérito policial; b) a prisão temporária não pode servir de antecipação de punição, sendo suficiente a aplicação de medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Requer, assim, a concessão de liminar para suspender os efeitos da decisão que decretou a prisão temporária, aplicando-se a substituição por medidas cautelares, pelo mesmo período de 30 (trinta) dias, passível de renovação por mais 30 (trinta) dias. No mérito, a confirmação da medida, de modo a tornar definitiva a liminar requerida.

A inicial veio acompanhada da documentação digitalizada (ID108220850, ID108220854, ID108220857, ID108220859).

É o relatório.

Decido.

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.

CONTEXTUALIZAÇÃO

Os autos revelam que foi deflagrada a “Operação Voo Baixo” com vistas à investigação de organização criminosa dedicada ao tráfico ilícito de entorpecentes, evoluindo, posteriormente, para o crime de lavagem de valores.

Nesse prisma, o paciente está sendo investigado, juntamente com demais indivíduos, pela suposta participação em associação criminosa que teria, em tese, como principal atividade, o tráfico internacional de drogas (art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006).

Segundo consta, foi instaurado inquérito policial (IPL nº 255/2018 DRE/DRCOR/SR/PF/SP) para apurar o envolvimento do paciente, FELIPE DIAS AGUIAR e dos investigados nos autos nº 0004460-62.2018.4.03.6181 [ANDRÉ LUIZ PEREIRA, BEATRIZ GATTI SIMÕES, BRUNO ARAUJO DOS REIS, CARLOS ALBERTO DE ALMEIDA SALLES JUNIOR, EDSON DE ALMEIDA CARDAMONI, FABRÍCIO DE OLIVEIRA SIMÃO, FERNANDO RODRIGUES COELHO, JOÃO MANOEL LEMOS MARQUES, LUCIANO JUNIO VERBENA, MARCOS GOMES DE LIMA, MATHEUS GEBELINI CARVALHO, MOACYR LAIGNIER COSTA TEIXEIRA, OLINTO JOSÉ LEMOS NETO, ORLANDO GOULART DA SILVA FILHO, OSWALDO GOMES BAPTISTA, PAULO CEZAR MALDONADO PIETRO, ROGER HENRIQUE MORAIS DA SILVA, RUAN CESAR BORTOLETE GIACOMO, RUBENS DE ALMEIDA SALLES NETTO, SERGIO BENEVUTO DA MATTA, THAINA SARTI, WELLINGTON MARTINS DA SILVA e WENDER MARTINS PARREIRA], pela suposta prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes e associação para o tráfico, considerando a existência, em tese, de associação criminosa, supostamente liderada por RUBENS DE ALMEIDA SALLES NETTO, voltada ao tráfico de drogas, que utilizaria rotas aéreas entre Bolívia, Paraguai e Brasil (Mato Grosso do Sul e interior do Estado de São Paulo) com movimentação de grande quantidade de cocaína, que teria como destino a cidade de São Paulo-SP.

De acordo com o relatado na decisão que decretou a prisão temporária do paciente, consta do procedimento investigatório que no curso das apurações preliminares para averiguar a veracidade de informações recebidas acerca da existência da suposta associação criminosa, MARCOS GOMES DE LIMA teria sido preso em flagrante em 10.02.2018, quando transportava 344 kg (trezentos e quarenta e quatro quilos) de cocaína, na cidade de Monte Aprazível/SP. O flagrante teria resultado na apreensão de manuscritos que indicariam uma rota viária entre o interior de São Paulo e o Pantanal do Mato Grosso do Sul, reforçando as suspeitas quanto à abrangência territorial da organização criminosa. Prosseguindo nas investigações, em 25.04.2018, a Polícia Federal empreendeu ação conjunta com a Força Aérea Brasileira (FAB), tendo localizado, no norte de Corumbá/MT um avião bimotor, que ingressara em território brasileiro sem plano de voo, em atitude suspeita, na medida em que a aeronave não teria atendido aos comandos após o disparo do tiro de detenção, tendo o avião caído no Pantanal, em região de difícil acesso. A abordagem dos escombros em solo revelou que o veículo transportava, em tese, 480 Kg (quatrocentos e oitenta quilos) de cocaína, fato que deu origem ao IPL nº 048/2018-DPF/CAC/MT.

Em 04.05.2018, as atividades policiais federais de vigilância teriam sido interrompidas pela apreensão, por policiais civis, de 20 kg (vinte quilos) de cocaína no interior do caminhão FORD F/350, placa ECM 8459, que estava sob observação, dando ensejo ao IPL nº 161/2018 pela Polícia Civil do Estado de São Paulo. Posteriormente, em 05.06.2018, FABRÍCIO DE OLIVEIRA SIMÃO teria sido preso em flagrante ao ser surpreendido transportando 98 kg (noventa e oito quilos) de cocaína em veículo registrado em nome de outro investigado (BRUNO ARAUJO DOS REIS, vulgo FIÃO), cujos fatos deram origem à instauração do IPL nº 0074/2018-4-DPF/JLS/SP. Em 22.06.2018, WELLINGTON MARTINS DA SILVA, teria sido preso em flagrante ao ser surpreendido transportando 182 kg (cento e oitenta e dois quilos) de cocaína, ensejando a instauração do IPL nº 0076/2018-4-DPF/PNG/PR.

As prisões em flagrante de WELLINGTON MARTINS DA SILVA e FABRÍCIO DE OLIVEIRA SIMÃO teriam revelado conexão, na medida em que o batedor de ambos os transportes seria SERGIO BENEVUTO DA MATTA, e as drogas apreendidas possuiriam o mesmo logotipo: *FOX*.

Prosseguindo nas investigações da suposta organização criminosa, em 28.05.2018 também teriam sido presos OLINTO JOSÉ LEMOS NETO, FERNANDO RODRIGUES COELHO e ROGER HENRIQUE MORAIS DA SILVA, na cidade de Biritiba Mirim/SP, ocasião em que teriam sido apreendidos 974 kg (novecentos e setenta e quatro quilos) de cocaína.

Após manifestação favorável do Ministério Público Federal, o MM. Juízo impetrado, acolheu a representação policial, determinando a prisão temporária do paciente, nos autos da ação penal nº 0004460-62.2018.403.6181, pelo prazo de 30 (trinta) dias, com fundamento no art. 1º, incisos I e III, alínea "n", da Lei nº 7.960/1989 c.c art. 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990.

DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é uma das modalidades de prisão cautelar, disciplinada pela Lei nº 7.960, de 21.12.1989, e é destinada à investigação policial para assegurar sua eficiência, cujos requisitos são:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, §1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986);

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

Art. 2.º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

(...)

Predomina na jurisprudência o entendimento de que bastam ser conjugados os incisos I e II ou I e III do artigo 1.º da Lei nº 7.960/1989, de modo a se permitir a segregação temporária.

Nesse sentido, é o entendimento desta E. Corte:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. DECURSO DO PRAZO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. OPERAÇÃO ÁRTICO. LEI 7.960/89. REQUISITOS. LEGITIMIDADE. PRAZO DE 24 HORAS PREVISTO NO ARTIGO 2º PARÁGRAFO 2º DA LEI 7.960/89. CONTADO DA DATA DO REQUERIMENTO E NÃO DA REPRESENTAÇÃO. ACESSO AOS AUTOS ASSEGURADO. JUSTA CAUSA. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. APURAÇÃO DE FATOS CONSIDERADOS CRIME. NECESSIDADE DO PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO. CRIME DE DESCAMINHO. BEM JURÍDICO TUTELADO. ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. I - A não subsistência do ato impugnado pelo decurso do prazo da prisão temporária, torna prejudicado o pedido de liberdade mas não induz à perda de objeto, pois a questão posta em desate é a legalidade ou não do decreto de prisão. II - O exame dos autos revela que a prisão temporária do paciente foi decretada com base nos elementos colhidos em inquérito policial, cujas investigações remontam a quase dois anos (OPERAÇÃO ÁRTICO), havendo indícios suficientes da participação do paciente no crime de formação de quadrilha ou bando, entre outros, sendo imprescindível para as investigações. III - Conforme orientação pretoriana, os requisitos devem ser alternativamente preenchidos para que a segregação cautelar seja considerada legítima, sendo desnecessária a sua cumulação. Dentro desse contexto, é suficiente a conjugação dos incisos I e II ou I e III, do artigo 1º da Lei 7.960/89, para que seja perfeitamente lícita a decretação da prisão temporária. (...)XX - Ordem parcialmente conhecida no que diz respeito ao pleito de trancamento do inquérito policial e, nessa parte, denegada. Nome do paciente retificado para Márcio Marcassa Júnior. (HC 00267422820094030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/09/2010 PÁGINA:370 .FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifos nossos)

'HABEAS CORPUS' - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - PACIENTE FORAGIDO - PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETADA CONFORME OS REQUISITOS LEGAIS - ORDEM DENEGADA. 1. O fato de o paciente possuir residência fixa, ocupação lícita e família constituída, não é hábil para a revogação da ordem de prisão temporária decretada. 2. Os requisitos para a decretação da prisão temporária estão arrolados nos incisos e alíneas do artigo 1º da Lei 7.960/89, e devem ser alternativamente preenchidos para que a segregação cautelar seja considerada legítima. Conforme jurisprudência já sedimentada, não é necessária a cumulação de tais requisitos. Basta a conjugação dos incisos I e II ou I e III, do artigo 1º da Lei 7.960/89, para que seja perfeitamente lícita a decretação da prisão temporária. Na hipótese, os incisos I e III do artigo 1º estão suficientemente caracterizados, o que permite reconhecer como legal a ordem de prisão do paciente. 3. Há fundadas razões, levando em conta os elementos de prova trazidos aos autos, para concluir que o paciente atuou como co-autor no delito de tráfico internacional de entorpecente aqui noticiado, além do que o seu aprisionamento temporário se impõe como providência imprescindível para a colheita de provas e o prosseguimento das investigações levadas à cabo pela Polícia Federal. 4. Há necessidade de aprofundamento das investigações para o cabal esclarecimento dos fatos, que autoriza a manutenção da ordem de prisão temporária do paciente. 5. E ainda há que se ter em mente que a intenção do legislador, ao elaborar a Lei 7.960/89, foi criar uma espécie de prisão processual, cabível apenas em certos crimes, que demandasse requisitos menos rígidos do que aqueles impostos pelo Código de Processo Penal para a prisão preventiva. O motivo dessa flexibilização foi justamente assegurar aos órgãos estatais envolvidos na fase pré-processual da persecução penal, o manejo de um instrumento eficaz na coerção do direito de ir e vir dos investigados, sempre que se revelasse necessária a restrição. 6. Estão nestes autos espelhados os requisitos traçados pelo legislador para a decretação da prisão temporária, visto que, dentre outros, há indícios significativos da autoria e da materialidade do crime de tráfico internacional de drogas, motivo pelo o qual, ao menos neste passo, não se vê nulidade na decisão que decretou a segregação cautelar do paciente. 7. Ordem denegada. (HC 00829240520074030000, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJU DATA:18/09/2007 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifos nossos)

DO CASO CONCRETO

Diante de fundadas razões de participação do ora paciente nos delitos sob investigação, a autoridade coatora decretou a prisão temporária do paciente pelo prazo de 30 (trinta) dias, com fulcro no artigo 1º, incisos I e III, alínea "n" da Lei nº 7.960/1989 c.c o art. 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990, bem como determinou a expedição de Mandado de Prisão temporária em face do paciente, cumprindo destacar (ID108220857):

(...) Representa a autoridade policial pela decretação da prisão temporária de ORLANDO GOULART DA SILVA FILHO e FELIPE DIAS DE AGUIAR. Sustenta que seriam membros atuantes da organização criminosa investigada, tendo sido descobertos apenas nas investigações mais recentes (...) Conforme já exposta nesta e nas decisões anteriores, restou comprovada a materialidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes pela suposta associação criminosa liderada por RUBENS DE ALMEIDA SALLES NETTO. Por oportuno, registre-se que também constam dos autos indícios da prática de atos teoricamente objetivando a ocultação e a dissimulação da renda ilícita obtida pelo tráfico, caracterizando, em tese, o delito do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. Há indícios, ainda, de que o suposto esquema de tráfico internacional de drogas continua em plena atividade, tendo sido apreendido novecentos e setenta e quatro quilos de cocaína, em Biritiba Mirim/SP, no dia 28/05/2019. Mais recentemente, no dia 24/09/2019, policiais federais fizeram vigilância na Fazenda Florida (imóvel possivelmente utilizado pelo grupo investigado para recebimento e carga de substâncias entorpecentes) e conseguiram registrar o possível carregamento da aeronave PT-FMG com o que aparentava ser cocaína (fls. 2229/2232). Ademais, segundo aponta a autoridade policial, há elementos que a estrutura utilizada seja de grande porte, voltada para a prática de tráfico internacional de drogas. É preciso esclarecer, de plano, como se daria o suposto esquema criminoso, bem como identificar o possível envolvimento de outras pessoas. Demais disso, impõe-se considerar a possibilidade de troca de informações entre os investigados ao tomarem conhecimento das primeiras diligências de investigação, o que representa especial prejuízo para o esclarecimento dos fatos caso não seja decretada a medida da prisão temporária. De mais a mais, existe o risco de destruição de elementos de prova, represálias contra possíveis testemunhas identificadas nos autos, bem como fuga dos investigados dos locais conhecidos pela autoridade policial. De fato, restou demonstrado vínculo com a Bolívia e a grande facilidade de deslocamento para o país vizinho. (...) Por outro lado, FELIPE DIAS DE AGUIAR, seria um dos possíveis pilotos que prestariam serviços para a organização criminosa investigada. Segundo as informações de Polícia Judiciária nº 172/2019 (fls. 2229/2232), no dia 24.09.2019, FELIPE teria juntamente com o investigado WENDER MARTINS PARREIRA (outro piloto) e um terceiro não identificado, auxiliado no carregamento da aeronave PT-FMG com fardos de características similares aos de entorpecente. Teria pilotado ainda a aeronave RV10, prefixo PP-ZJS, no interesse da organização (fls. 2245-v). Vale ressaltar que, segundo a autoridade policial, a aeronave PP-ZJS teria sido vista nos dias 15 e 16 de outubro de 2019 na Fazenda Flórida e teria passado a operar na rota supostamente utilizada na organização criminosa investigada a partir de agosto de 2019, mesmo período em que a apresentar FELIPE como comandante. Dessa forma, quanto a FELIPE DIAS DE AGUIAR há indícios do seu envolvimento com a prática do crime de tráfico de drogas, exercendo função imprescindível no esquema criminoso investigado sendo de rigor a decretação de sua prisão temporária. Sendo assim, deve ser determinada a prisão temporária apenas de FELIPE DIAS DE AGUIAR. (...) Em harmonia com a justificação supra, de acordo termos do artigo 1º, incisos I e III, alínea 'n', da Lei 7.960/1989, considerando os indícios de materialidade e autoria de tráfico internacional de drogas, além da imprescindibilidade para as investigações em andamento, DEFIRO PARCIALMENTE a representação da autoridade policial e decreto a prisão temporária, pelo prazo de trinta dias (Art. 2º, parágrafo 4º, da Lei 8.072/90) de FELIPE DIAS DE AGUIAR, CPF 409.095.118-51, devendo ser expedido mandado de prisão temporária.”(...)—g.n.

Como dito alhures, a prisão temporária, de natureza cautelar, instituída pela Lei nº 7.960/89, tem a finalidade de garantir a investigação criminal realizada por intermédio de inquérito policial, sendo utilizada para a apuração de determinados delitos considerados especialmente graves, entre estes o tráfico de drogas.

Como medida cautelar que é, a prisão temporária somente pode ser legitimamente decretada se verificados os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*. É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 1º da Lei nº 7.960/1989. Assim, não basta a presença de uma das condições dos incisos do artigo 1º, exigindo-se, ao menos, a caracterização de situação prevista no inciso I ou II e, cumulativamente, do inciso III, "fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: (...) n) tráfico de drogas (...)", que está, inequivocadamente, presente quanto ao paciente, ora investigado.

Nessa diretriz, de acordo com a decisão impetrada, há fortes indícios de que o paciente estaria envolvido nos crimes de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico, na função de piloto da organização criminosa.

Malgrado as assertivas do impetrante, forçoso é reconhecer a imprescindibilidade da custódia temporária do paciente visando melhores esclarecimentos acerca de sua participação nos delitos acima mencionados.

Como bem salientou o MM. Juízo *a quo*, ‘*FELIPE DIAS DE AGUIAR, seria um dos possíveis pilotos que prestariam serviços para a organização criminosa investigada. Segundo as informações de Polícia Judiciária nº 172/2019 (fls. 2229/2232), no dia 24.09.2019, FELIPE teria juntamente com o investigado WENDER MARTINS PARREIRA (outro piloto) e um terceiro não identificado, auxiliado no carregamento da aeronave PT-FMG com fardos de características similares aos de entorpecente. Teria pilotado ainda a aeronave RV10, prefixo PP-ZJS, no interesse da organização (fls. 2245-v). Vale ressaltar que, segundo a autoridade policial, a aeronave PP-ZJS teria sido vista nos dias 15 e 16 de outubro de 2019 na Fazenda Flórida e teria passado a operar na rota supostamente utilizada na organização criminosa investigada a partir de agosto de 2019, mesmo período em que a apresentar FELIPE como comandante. Dessa forma, quanto a FELIPE DIAS DE AGUIAR há indícios do seu envolvimento com a prática do crime de tráfico de drogas, exercendo função imprescindível no esquema criminoso investigado sendo de rigor a decretação de sua prisão temporária.*

Há, pois, fundadas razões a respeito da autoria ou participação no crime de tráfico de drogas, restando configurada a necessidade da custódia temporária nos moldes do artigo 1º, incisos I e III, alínea “n”, da Lei nº 7.960/1989 c.c art. 2º, §4º, da Lei nº 8.072/1990.

Ante o exposto, inexistindo na espécie constrangimento ilegal a ser sanado por meio de *Habeas Corpus*, **INDEFIRO A LIMINAR.**

Requisitem-se informações à autoridade impetrada.

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

P.I.C.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5032418-17.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS
IMPETRANTE: JOÃO DOS SANTOS DE MOURA
PACIENTE: WESLEY NAUAN DE LIMA DIAS
Advogado do(a) PACIENTE: JOÃO DOS SANTOS DE MOURA - SP112515
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por João dos Santos de Moura em favor de WESLEY NAUAN DE LIMA DIAS, contra ato imputado ao r. Juízo Federal da 4ª Vara Criminal de São Paulo/SP, objetivando a expedição de Alvará de Soltura, nos autos da ação penal nº 0002881-45.2019.403.6181, a fim de que possa apelar em liberdade.

A impetração alega, em apertada síntese, que: a) o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 157, inciso II, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) mês de reclusão, no regime inicial semiaberto; b) o paciente encontra-se preso desde 04/2019, quando decretada sua prisão preventiva, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade; c) há afronta aos princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade; d) a medida cautelar imposta ao paciente é desproporcional pois mais gravosa do que a sanção penal ao final aplicada. Requer, liminarmente, a concessão do direito do paciente de recorrer em liberdade e, subsidiariamente, seja determinada, ao Coordenador da Secretaria de Administração Penitenciária, a transferência do paciente para estabelecimento prisional compatível com o regime fixado na sentença, no prazo de 48hs; no mérito, a confirmação da medida, de modo a tornar definitiva a liminar requerida (ID107999525).

A inicial veio acompanhada com a sentença condenatória (ID107999526).

É o sucinto relatório.

Decido.

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.

DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal, em seu Título IX e, especificamente, no Capítulo III, dispõe acerca da prisão preventiva, cabendo salientar que tal instituto foi reformulado por força da edição da Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que teve o objetivo de estabelecer que a custódia cautelar deve ser interpretada e ser decretada apenas quando não cabível no caso concreto qualquer outra medida (também de natureza cautelar) dentre aquelas elencadas no artigo 319 do Diploma Processual (inteligência do artigo 282, § 6º, de indicado Código, que prevê a prisão cautelar como *ultima ratio*).

Dentro desse contexto, mostra-se adequada a prisão cautelar quando os postulados que compõem a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indicarem que a medida excepcional de constrição da liberdade antes da formação da culpa é imperiosa diante do caso concreto.

Por se revestir de natureza cautelar, a prisão preventiva somente poderá ser decretada caso presentes no caso concreto tanto o *fumus boni iuris* (chamado especificamente de *fumus commissi delicti*) como o *periculum in mora* (nominado especificamente de *periculum libertatis*), o que, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal, consistem na necessidade de prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti*) e no fato de que a segregação preventiva tenha como escopo a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou o asseguramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*). Destaque-se, outrossim, que a prisão preventiva também poderá ser imposta em decorrência do descumprimento de quaisquer das medidas constantes do artigo 319 do Diploma Processual (conforme autorização expressa do parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo do exposto, ainda que concorrentes no caso concreto os pressupostos anteriormente listados (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), faz-se necessária para a decretação da preventiva que a infração penal imputada àquele que se objetiva encarcerar cautelarmente enquadre-se nos parâmetros trazidos pelo artigo 313 do Código de Processo Penal: (a) crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos; (b) agente já condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do artigo 64 do Código Penal; e (c) crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo ou a pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (independentemente do *quantum* de pena cominada). Admite-se, ademais, a decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após sua identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida) - artigo 313, parágrafo único, do Diploma Processual Penal.

Todavia, conforme comando expresso do artigo 314 do Código de Processo Penal, incabível cogitar-se na segregação cautelar em análise se restar verificado pelo juiz, a teor das provas constantes dos autos, que o agente levou a efeito a infração, escudado por uma das causas excludentes da ilicitude elencadas no artigo 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Importante ser dito que a privação de liberdade, ora em comento, pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou em sede de processo penal (artigo 311 do Código de Processo Penal), devendo a decisão que a decretar, a substituir por outras medidas cautelares ou a denegar ser sempre motivada (seja por força do que prevê o artigo 315 do Código Processual Penal, seja, principalmente, em razão do comando inserto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Consigne-se, por fim, que tal privação de liberdade deve ser analisada sempre com supedâneo na cláusula *rebus sic stantibus*, vale dizer, os pressupostos autorizadores da preventiva devem estar presentes no momento de sua decretação, bem como ao longo do período de sua vigência. Nesse sentido, vide o artigo 316 do Código de Processo Penal, que estabelece que *o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem*.

Passo à análise do caso concreto.

A presente impetração tem por escopo a concessão do direito de apelar em liberdade, suspendendo-se os efeitos da prisão preventiva cominada ao paciente em sentença condenatória recorrível, assim fundamentada (ID107999526):

Trata-se de ação penal proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL- MPF em desfavor de MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS, MILLER APARECIDO DE BARROS FERREIRA, WANDERSON ALVES PEREIRA LUNAS E WESLEY NAUÂM DE LIMA DIAS, qualificados nos autos, com imputação do delito previsto no artigo 157, 2º, II e V e 2º-A, I c/c art. 70, parágrafo único, por onze vezes, todos do Código Penal. Consta da denúncia que por volta das 09:20 horas do dia 12 de julho de 2018, na agência Pari da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), localizada na Rua Rio Bonito, n. 1452, São Paulo/SP, agindo em concurso e com unidade de desígnios, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade dos funcionários da agência, os denunciados subtraíram para si a importância de R\$7.308,28 (sete mil trezentos e oito reais e vinte e oito centavos) em dinheiro dos caixas da agência, além de produtos no valor de R\$1.460,00, assim como aparelhos celulares de diversas vítimas. Narra a denúncia que MATHEUS e MILER pularam os guichês e foram em direção ao vigilante. MATHEUS subtraiu todo o dinheiro que encontrou nos caixas e o acondicionou na mochila que trazia consigo; WANDERSON ficou no hall da agência e passou a distribuir senhas aos usuários do serviço, controlando, dessa forma, a entrada do local e, em seguida, os manteve sob ameaça de arma de fogo. O acusado WESLEY no início teria ficado do lado de fora para resguardar a consumação do crime, mas posteriormente ingressou na agência e ficou do lado de WANDERSON. A denúncia (fls. 334/339), acompanhada de Inquérito Policial (fls. 02/330), foi recebida em 07 de maio de 2019 (fls. 340/341), oportunidade em que se confirmou as prisões preventivas dos acusados anteriormente decretadas (fls. 317/318). Os réus tiveram os mandados de prisão devidamente cumpridos e foram regularmente citados, conforme certidões de fls. 370; 371; 372 e 375. MILER, WANDERSON E WESLEY apresentaram resposta à acusação por meio da Defensoria Pública da União, resguardando-se a apresentar suas alegações posteriormente (fls. 379/381). MATHEUS, também representado pela Defensoria Pública da União, apresentou resposta à acusação às fls. 382/384, resguardando-se a apresentar suas alegações posteriormente (fls. 382/384). Em decisão de fls. 386/387 foram rejeitadas as alegações defensivas, afastando-se a possibilidade de absolvição sumária dos réus e determinando-se o prosseguimento do feito. Realizada audiência de instrução no dia 23 de agosto de 2019, foram ouvidas oito testemunhas comuns, procedendo-se ao reconhecimento dos acusados, conforme fls. 413/424 e mídia audiovisual de fl. 422. Na ocasião, o Ministério Público Federal insistiu na oitiva das testemunhas ausentes C.C.S, C.A.S e P.H.F, e desistiu de C.H.S, o que foi deferido, designando-se nova data para a oitiva das testemunhas e interrogatório dos acusados. Aos 12 de setembro de 2019 foi realizada audiência com a oitiva da testemunha P.H.F e interrogatório dos réus, homologada a desistência das testemunhas C.C.S e C.A.S, conforme requerido pelo MPF. Na fase do artigo 402 as partes nada requereram, fl. 440. Em sede de memoriais, o Ministério Público Federal pugnou pela condenação de todos os réus, por reputar provadas autoria e materialidade delitivas (fls. 442/444). Atuando na defesa de MATHEUS e MILER, a Defensoria Pública da União apresentou memoriais às fls. 446/469, alegando não haver prova segura da autoria delitiva para MATHEUS. Quanto a MILER, requereu a aplicação da atenuante da confissão. Ainda, pugnou pelo afastamento da causa de aumento relativa à restrição da liberdade e utilização de arma de fogo. A defesa constituída do réu WANDERSON apresentou memoriais às fls. 473/475, pugnano pelo reconhecimento da atenuante da confissão. A defesa constituída do réu WESLEY apresentou memoriais às fls. 482/485, pugnano pela absolvição do réu. Certidão de fl. 486 registra o tempo de prisão provisória cumprido pelos réus. Informações criminais e folhas de antecedentes juntadas em apenso. É o relatório. Fundamento e DECIDO. Inicialmente, mister consignar estarem presentes os elementos do devido processo legal, não havendo prejuízos aos ditames constitucionais. Passo ao exame do mérito. Os réus foram denunciados pela prática do delito descrito no artigo 157, 2º, incisos II e V e 2º-A, inciso I, do Código Penal, verbis: "Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: (...) II - se há o concurso de duas ou mais pessoas. (...) V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (...) 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (...). Transpondo-se a descrição legal para a hipótese em apreço conclui-se que a denúncia procede parcialmente, senão vejamos. I - Da materialidade. A materialidade delitiva restou demonstrada pelos documentos constantes no inquérito policial que instrumenta a presente ação, assim como pelas provas produzidas em juízo, dentre os quais se destacam: Certidão de ocorrência n. 1119/2018 (fl. 04); Relatório técnico de fls. 15/32; Termos de Declarações de fls. 36/37, 42/44, 47/48, 51/54, 58/59, 61, 87/88, 117/122, 127/129, Termos de reinquirição de fls. 150/153; Laudo de perícia criminal federal de fls. 101/113, 44/51, assim como os Autos de Reconhecimento Pessoal de fls. 253/269. Tais documentos descrevem pormenorizadamente a ocorrência de um roubo à agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos localizada na Rua Rio Bonito, 1452, nesta capital, ocasião em que indivíduos subtraíram para si a importância de R\$7.308,28

em dinheiro e de R\$1.460,00 em produtos, com grave ameaça exercida mediante emprego de arma de fogo. II- Da autoria Quanto à autoria, esta restou comprovada, senão vejamos. Em sede judicial, procedeu-se ao reconhecimento dos acusados nos termos do artigo 226 do Código de Processo Penal, tendo sido estes colocados ao lado de outras pessoas que com eles possuíam semelhanças, convidando-se as vítimas a apontá-los. Conforme Termo de deliberação de fls. 423 e mídia audiovisual de fl. 422, houve reconhecimento da seguinte forma: com o número de identificação 2, MATHEUS foi identificado pelas testemunhas S.O.G. Com o número de identificação 1, MATHEUS foi identificado pelas testemunhas M.F.S e F.K. As declarações prestadas pelas vítimas em audiência sobre a dinâmica do crime estão em consonância com as imagens extraídas das câmeras de segurança da agência dos Correios. F.V.C.G. afirmou reconhecer MILER que era alto (média de 1,78), moreno, magro, cabelo preto. Os outros não teve como afirmar com certeza. Em 12/07/2018 trabalhava na agência Pari dos Correios. A princípio adentram três meliantes. Um deles foi até o guichê 3 e anunciou o assalto. Saiu da sua sala e pediu para se acalmarem. Eles pediram o cofre da agência e pegaram a roupa do vigilante (casaco, colete, boné). Um ficou no posto para parecer vigilante. MILER pediu para colocar a senha no cofre e confirmar horário para abrir; enquanto o segundo recolhia dinheiro dos guichês e o terceiro ficava no hall com a arma. Ficou o tempo todo com o MILER, que parecia ser quem conduzia o assalto. Ficaram na agência por cerca de 21 a 22 minutos. Foram entrando outros clientes todos eles obrigaram a serem atendidos. Ao final colocou todos dentro da sala e os fechou (cerca de 20 pessoas). Levaram os celulares dos clientes também. Falou para ficarem calmos que só queriam o dinheiro do governo e falando o tempo todo pelo whatsapp com outro que estava do lado de fora. Quando a testemunha percebeu que ia acontecer alguma coisa o terceiro foi diretamente no guichê com a arma (arma prata). Era esse que estava armado. Pelas câmeras viu que a arma passava de mão em mão. Não foram particularmente violentos, exceto o da arma que ameaçou estourar a cabeça da atendente. Teve tom de ameaça mesmo para que fosse cumprido o que eles determinavam. M.S.O. disse se lembrar apenas de um meliante com capuz e blusa de frio, tinha 1,70m mais ou menos e porte meio magro. Não reconhece nenhum dos presentes na audiência. Em 12/07/2018 trabalhava como vigilante na agência dos Correios do Pari e presenciou o assalto. Estava no fundo dos caixas e de repente chegaram três pessoas, um em seguida ficou olhando, foi em cima de uma atendente e falou para ele não reagir (só que ele estava desarmado). Um veio com a arma na cabeça do depoente, e depois prenderam todos na tesouraria. Outro pegou o uniforme do depoente e usou para assumir o lugar no assalto. Aparentemente os três pareciam estar os três armados. Havia pelo menos duas armas. Dentre os assaltantes, um foi para a tesouraria e ficaram tomando conta dos refêns e os outros dois na frente. A medida que entravam clientes, eram rendidos. Levaram todo o valor do cofre e mexeram em todos os guichês. Levaram os celulares dos clientes e do depoente a blusa da firma e o boné. Sempre foram ameaçadores, não fisicamente, "mentalmente sim", falavam pra não reagir; não se mexer. O assalto durou em média uns 20 minutos. Ficaram trancados na tesouraria uns dois minutos. Depois que eles trancaram eles pularam porque tinha duas partes, e uma era trancada por dentro. As armas aparentemente pareciam revolveres calibre 38, alguns tinham tatuagem: na mão e no pescoço. Um ou dois viu com tatuagem. A testemunha S.O.G. disse ter visto três assaltantes, um era alto, estava com um moletom escuro e tinha uma tatuagem no pescoço. Outro era magro, também pardo e vestiu uma roupa de segurança. Um outro tinha estatura um pouco menor; ficava transitando e teve uma hora que a puxou do guichê e depois voltou. Reconhece os números 2 (MATHEUS), 4 (MILER) e 6 (WANDERSON). Em 12/07/2018 trabalhava na agência dos correios do Pari. A agência estava relativamente vazia e cada um fazia uma pergunta (sobre envelope, CPF), e aí os funcionários perceberam que estavam juntos. Um deles pegou a colega e pôs uma arma na cabeça da colega e disse que se ela reagisse que mataria ela (o número 4). Depois que renderam a segurança, pulou o balcão e pediu. Quem rendeu o balcão era o 4. O da tatuagem só percebeu que era assaltante ao final. Ele da tatuagem perguntou como fazia para tirar a segunda via do CPF. Dois foram em cima do segurança para rende-lo. O número 4 vestiu a roupa de segurança e o mais baixo a puxou e falou para ela ir e mandou a gerente se apresentar. Mandou ela sentar porque estava nervosa e ficou com medo e pediu ela pediu para buscar água. Pegou a garrafa de água que estava no guichê dela e a moça da limpeza estava passando mal no fundo e pediram para levar para ela. Depois ficou sentada na expedição e não viu mais nada, via da parede da expedição para frente. Viu o que se vestiu de segurança, o que ficava circulando e o da tatuagem ela só percebeu que era assaltante quando no fim mandou eles entrarem na tesouraria. O que vestiu a roupa de segurança colocou a arma no cós da calça. Não sabe se era a mesma arma, mas viu a arma porque estava ao lado da moça que foi ameaçada com a arma na cabeça. Não sabe o tempo real que durou o assalto, para ela parecia uma eternidade, mas deve ter sido uns 20 minutos porque tiveram que esperar os 15 minutos de abertura do cofre. O assalto foi no período da manhã. Levaram dinheiro que estava no cofre e chips dos Correios que estava no cofre. Não sabe se levaram dinheiro dos guichês. Não sabe dizer se levaram pertences de clientes. Alguns clientes vieram reclamar com ela depois, de como proceder quanto aos celulares furtados. Não teve agressão física que ela tenha visto. Não foram violentos propriamente, foram contundentes. Falaram pra gerente com todas as palavras: se alguma coisa desse errado na abertura do cofre ela era a primeira a "rodar", ou palavra equivalente, querendo dizer que ela era a primeira a morrer. Não viu apontarem a arma para a cabeça de outra pessoa além da colega de guichê. Ficaram trancados na tesouraria, cerca de uns 5 minutos na percepção dela. Ela começou a chorar e uma colega a puxou para o fundo. Um dos colegas decidiu pular a portinha da tesouraria, mas ela não sabe dizer o tempo porque estava muito nervosa e chorando. C.A.R.P. afirmou não lembrar muito bem dos fatos, só lembra que quando chegou na agência foi abordada por um rapaz com estatura baixa. Lembra que um era mais moreno e outro branco. Não reconhece nenhum. Achou parecido o número 5, mas não pode afirmar. Entrou na agência e o visor da senha estava em local diferente. Um dos assaltantes a abordou com arma, perguntou o que ela tinha e pediu para que a depoente levantasse sua jaqueta e falou para ela por o celular na sacola. Começou a tocar o celular de uma moça, ela não conseguiu desligar e recolheram todos os celulares. Falaram que não iam levar o celular de ninguém. Um deles se vestiu de roupa de segurança e mandou todos irem para uma sala no fundo. Depois que eles conseguiram

sair; percebeu que levaram todos os celulares. Levaram o iPhone da depoente. O que a depoente achou ser parecido (WANDERSON) foi quem recolheu os celulares. Não presenciou agressões físicas, apenas fizeram ameaças. A testemunha B.C. disse ter visto duas pessoas: um era um mais moreninho e outro mais claro. Idade em torno de 25 anos. Não achou nenhum dos presentes em audiência parecido. Em 12/07/2018 foi retirar a senha e quando chegou na agência foi abordado por um rapaz com arma, que o mandou sentar e ficar quieto. Tinha dois do lado de fora e outro do lado de dentro que não visualizou. Viu apenas os dois do lado de fora. Um deles só andava no meio dos refêns, mas não viu arma. Quando os assaltantes estavam quase saindo mandaram colocar o celular em cima da bancada. Ao final levaram o celular do depoente e o telefone não foi recuperado. Não presenciou agressão física, só a rendição. Ainda, mandaram todo mundo para a parte de trás e os trancaram. O assalto levou cerca de meia hora a 35 minutos. M.F.S. narrou que na ocasião havia um "alemãozinho" lá, caucasiano, com traços mais para os germânicos. Reconhece o número 1 (MATHEUS), como a pessoa que estava com o "revólver roubando". Estava na agência como cliente para buscar um documento. Chegou antes do início do assalto. Os moços chegaram e foram levando para sentar lá. O número 1 estava armado. Além dele viu mais outro moreno que não chegou a olhar para o rosto. Viu duas pessoas, mas não conseguiu ver se estavam armadas ou não. Nenhum deles abordou o depoente mais diretamente. Ele estava com celular. Pegaram o "celular nosso, para por na mochila e depois devolver". No fim não devolveram. Não viu o que levaram da agência. Ao final fecharam todos numa salinha e só conseguiram sair porque um funcionário pulou a janelinha. O assalto levou mais de 40 minutos. Por fim, a testemunha E.S.M. disse que um dos assaltantes era branco, tinha rosto fino, mas não saberia dizer mais porque estava muito nervosa e não ficou olhando muito. Outro era moreno, mas também não ficou olhando. Não reconhece nenhum dos apresentados em audiência. Em 12/7/2018 chegou na agência e o assalto já estava acontecendo. Chegou, tirou a senha, o rapaz branco com a arma anunciou o assalto e falou para a depoente sentar. Chegou a ver a arma. A depoente estava com celular; depois de um tempo eles recolheram os celulares de todos, inclusive o da depoente e trancaram todos na sala do cofre. Foram embora levando os celulares de todo mundo. Não presenciou agressão física. Não saberia dizer o tempo que durou o assalto. Imagina que tenha sido de uns 20 minutos a meia hora. F.K. disse que tinha em torno de 5 ou 4 pessoas. Todos eram altos (mais altos que a testemunha que tem 1,64m) e tinham um porte mais forte, um deles puxou o depoente tinha bastante. Eles eram mais bronzeados, não eram totalmente morenos. Reconhece os números 1 (MATHEUS) 5 (WANDERSON) e 8 (WESLEY). Número 5 estava com a arma ao lado do número 8. Falou para ficar quieto e ficar na cadeira. Em 12/7/2018 foi até os correios e o assalto estava em andamento. Chegou a ver a arma com o n. 5, que estava ao lado do n. 8, mas não sabe dizer se esse segundo estava com arma. O número 1 estava armado e estava do outro lado dos guichês. Depois estava sentado e no final eles mandaram que todos deixassem os celulares no balcão e fossem para o cofre. Os assaltantes levaram todos os celulares e o depoente não recuperou seu celular. O período que ficou lá foi de 15 a 30 minutos. Não presenciou violência física, mas eles falavam de forma "bem áspera". Teve um dos "clientes" que depois não foi para a salinha, então o depoente supôs que seria o quarto elemento, com capuz e boné. Embora não tenha confessado a prática delitiva, o réu MATHEUS declarou ter praticado um crime de roubo aos Correios na cidade de Capivari/SP, pelo qual foi preso em flagrante, assim como um roubo na agência Itaquera dos Correios. Não sabe dizer porque está sendo acusado nesse caso, nem porque pessoas que não o conhecem o teriam reconhecido (mídia audiovisual de fl. 439). Inobstante a negativa de autoria, resta evidente a autoria delitiva, mormente diante do reconhecimento de MATHEUS pelas vítimas S.O.G.; M.F.S e F.K, conforme anteriormente explanado. Frise-se que, em sede policial, MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS foi reconhecido com certeza ou absoluta certeza pelas vítimas F.K e A.C.D.S. (fls. 261 e 266). Três reconhecimentos, feitos por três vítimas diferentes em duas oportunidades também distintas, distantes mais de seis meses em lapso temporal, consistem em provas importantes em relação a crime de roubo. Conforme é cediço, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (EREsp. 961.863/RS), a palavra da vítima em crime de roubo deve ter especial relevância, sobretudo quando não está dissociada dos demais elementos de prova. Na espécie, os demais elementos de prova consistem em imagens das câmeras de segurança de fls. 15/32, assim como o fato de os mesmos réus terem sido presos em flagrante delito exatamente nas mesmas condições poucos dias após o ocorrido, inexistindo qualquer explicação ou alibi, principalmente por parte de MATHEUS, que não confessou a prática delitiva. Não se está exigindo que o réu prove sua inocência, mas sim valorando-se os elementos constantes dos autos: reconhecimentos sem qualquer indício de que tenham sido induzidos, se tratem de falsa memória ou estejam maculados. Ademais, MATHEUS não apresentou qualquer explicação para ter sido reconhecido pelas vítimas, sendo que confessadamente já participou de um roubo à agências dos Correios. O dolo restou consubstanciado no prévio ajuste entre os réus, inexistindo causas excludentes de culpabilidade ou ilicitude. Destarte, a prova é plena no sentido de que MATHEUS praticou o crime de roubo narrado na inicial acusatória, motivo pela qual a condenação é medida de rigor. O réu WESLEY também negou a prática delitiva. Disse ser falsa a acusação, não sendo válida a confissão policial porque foi obrigado a assinar na delegacia. Não leu o termo de interrogatório, mas não confessou. Que tem o apelido de "Zinho". Que o primeiro assalto que praticou foi o de Capivari, no qual foi preso em flagrante. Não se reconhece nas fotos e não é conhecido como "Alemão" (mídia audiovisual de fls. 439). Apesar da negativa, a prova colhida nos autos demonstra situação diversa. A vítima C.C.S., em sede policial, reconheceu com absoluta certeza o réu WESLEY (fls. 256). Em juízo, a vítima F.K. reconheceu os números 1 (MATHEUS), 5 (WANDERSON) e 8 (WESLEY). Disse que o número 5 (WANDERSON) estava com a arma ao lado do número 8 (WESLEY); que chegou a ver a arma com o n. 5 (WANDERSON), que estava ao lado do n. 8 (WESLEY), mas não sabe dizer se esse segundo estava com arma. Destarte, há dois reconhecimentos efetuados por vítimas distintas em relação a WESLEY, o qual igualmente não apresentou qualquer alibi e frise-se-foi preso em flagrante no interior de São Paulo em assalto aos Correios, junto dos corréus, poucos dias após os fatos. Assim, a prova é concreta no sentido de que WESLEY praticou o crime de roubo narrado na inicial, o dolo restou consubstanciado através das próprias circunstâncias concretas e das declarações do réu, inexistindo causas excludentes de culpabilidade ou

ilicitude. Quanto ao acusado WANDERSON, este confessou em juízo a prática delitiva, dizendo ser a acusação verdadeira. Declarou que chegou à agência de manhã, pegou uma senha, saiu e depois entrou com outros dois indivíduos. Ficou próximo das vítimas para que elas não mexessem nos celulares; depois recolheu os celulares e os deixou no balcão para que elas não mexessem. Se reconhece na foto extraída das câmeras de segurança, mas não se recorda o nome dos outros indivíduos, quer esclarecer apenas a sua parte. Foi levando dinheiro do cofre, pois esperaram os 15 minutos de retardo para abrir. A ação durou entre 15 a 20 minutos. Apenas recolheu os celulares das vítimas, deixando-os na agência, em cima do balcão, não os levou. Estava com uma réplica de arma de air soft. Estava sem dinheiro, jogavam bola juntos e chamou os comparsas para o assalto. Com Matheus e Wesley só praticou esse fato do Capivari. Está arrependido e não pretende cometer mais crimes em sua vida (mídia audiovisual de fls. 439). A análise das provas deixa incontestado ter o réu concorrido para a prática desta infração penal com consciência e vontade de praticarem o delito mediante grave ameaça, tendo o dolo restado demonstrado através de suas próprias declarações em interrogatório. Inexistem causas excludentes de culpabilidade ou ilicitude, sendo a prova plena no sentido de que o réu praticou o crime de roubo narrado na inicial acusatória, motivo pela qual a condenação é medida de rigor. Na mesma situação encontra-se o réu MILER. Ouvido em juízo, disse ser verdadeira a acusação. Confessa ter participado do assalto, mas só pode falar por ele mesmo, não identificando os outros. Foi para a tesouraria e pediu ao vigilante para tirar o colete e o boné, para que pudesse vestir. Não ficou tirando foto ou fazendo piadas. Pegou o dinheiro dos caixas. A ideia do assalto foi sua. Não confirma que reconheceu Wanderson e Wesley na polícia, assinou sem ler. Se reconhece nas fotos das câmeras de segurança como o de boné branco. (mídia audiovisual de fls. 439). Na forma como narrada e em análise das demais provas, resta comprovado que o réu MILER praticou a infração penal com consciência e vontade de praticarem o delito mediante grave ameaça, tendo o dolo restado demonstrado através de suas próprias declarações em interrogatório, inexistindo causas excludentes de culpabilidade ou ilicitude, motivo pela qual a condenação é medida de rigor. III- Da tipicidade Quanto à tipicidade, necessário consignar-se vários pontos. a) Do uso de arma de fogo Em relação ao uso de arma de fogo, deve-se esclarecer que a partir da edição da lei n. 13.654/2018 o artigo 157, 2º, inciso I do Código Penal referente à violência ou ameaça "exercida com emprego de arma" foi suprimido, tendo sido inserido o 2º-A, inciso I, o qual especifica o emprego de arma de fogo, com aumento fixo na fração de 2/3. Ao classificar a arma como "de fogo" a alteração legislativa acabou por excluir as demais, conhecidas como "armas brancas", incidindo o aumento somente ao agente que usar arma de fogo. Como bem explica a doutrina, essa revogação constitui, "inequivocamente, previsão legal mais benéfica (novatio legis in melius), devendo, portanto, retroagir para atingir todos os roubos praticados com emprego de arma branca antes da vigência deste diploma legal". A exasperação da pena na fração de 2/3, contudo, por constituir fato mais grave, apenas se aplica a fatos ocorridos após a entrada em vigor, que se deu aos 23 de abril de 2018. Na espécie, os fatos se deram em 12/07/2018, isto é, após a vigência da referida lei, razão pela qual esta deve ser aplicada. As vítimas foram expressas ao afirmarem em Juízo terem visto arma de fogo na ação. F.V.C.G. afirmou que "o terceiro ficava no hall com a arma. Pelas câmeras viu que a arma passava de mão em mão", enquanto M.S.O. disse que "as armas aparentemente pareciam revólveres calibre 38". S.O.G. disse que "um deles pegou a colega e pôs uma arma na cabeça da colega e disse que se ela reagisse que mataria ela". C.A.R.P., por sua vez, contou que "Um dos assaltantes a abordou com arma e perguntou o que ela tinha...". B.C também relatou a abordagem com arma "quando chegou foi abordado por um rapaz com arma que mandou ele sentar e ficar quieto". Apesar de não ter havido apreensão, as vítimas foram expressas ao dizerem em Juízo terem visto uma arma, de cor prata e, conforme já disse nesta sentença, a Sexta Turma do STJ possui entendimento já pacificado (no mesmo sentido do STF), declarando que a prova da majorante do emprego de arma independe da apreensão e pericia do instrumento do crime, desde que seu uso esteja devidamente comprovado pela palavra da vítima e/ou prova testemunhal: "PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. PALAVRA DA VÍTIMA EM CRIME DE ROUBO TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REDUÇÃO DO QUANTUM A TÍTULO DE REPARAÇÃO DOS DANOS. INVIABILIDADE. VALOR ADEQUADO. IMPROVIMENTO DO APELO. 1. Não há que se falar em absolvição, quando comprovado nos autos a autoria e materialidade do crime. 2. A palavra da vítima, mormente quando corroborada pelo acervo probatório, são provas idôneas e suficientes para embasar um édito condenatório. 3. Deve permanecer o quantum fixado, posto que o Magistrado a quo bem aplicou a dosimetria, fixando a pena-base acima do mínimo legal em vista de existir circunstância judicial desfavorável ao apelante. 4. Quanto a reparação dos danos previstas no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, não há que se falar em redução do quantum, se o valor arbitrado pelo magistrado sentenciante encontra-se dentro da razoabilidade e adequação" (STJ, Resp n. 1675769/AC, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 14/12/2017). Grifo nosso. Assim, as provas colididas nos autos justificam plenamente a incidência da causa de aumento prevista no artigo 157, 2º-A, inciso I, do código penal, relativa ao porte e o uso de arma de fogo para o cometimento do delito de roubo. b) Do concurso de pessoas A causa de aumento prevista no artigo 157, 2º, inciso II, relativa ao concurso de pessoas, também está devidamente provada na espécie. Ademais dos depoimentos das vítimas no sentido que os réus estavam em ação articulada, as imagens da mídia de fl. 105, mostram pelo menos três indivíduos diferentes na agência dos Correios. c) Da restrição à liberdade das vítimas A causa de aumento prevista no artigo 157, 2º, inciso V, contudo, não restou devidamente provada. A denúncia narra que os funcionários da agência dos Correios foram feitos reféns, restando com a liberdade privada. Ocorre que, verificados os depoimentos das vítimas e o Laudo Pericial acerca das Imagens captadas pelas Câmeras de Segurança dos Correios, fls. 101/103, não é possível constatar a presença de aprisionamento, restrição e nem situação de reféns, pois as ameaças realizadas são ínsitas ao tipo do crime de roubo. É óbvio que durante a ação, até para garantir o resultado, os agentes digam aos presentes

para não se moverem, nem se retirarem do local logo após a fuga. Trata-se de situação diversa daquela frequentemente julgada nas quais Carteiros são colocados dentro de veículos e levados para locais ermos ou de funcionários mantidos como reféns em agências enquanto réus negociam a rendição com a Polícia. Na espécie, a ação durou no máximo vinte minutos de acordo com TODOS os depoimentos testemunhais, segundo os quais o roubo foi rápido. Assim, o lapso transcorrido, assim como os atos praticados, que não demonstram situação de reféns, são insuficientes a configurar a restrição necessária à incidência da causa de aumento. **DISPOSITIVO** Por todo o exposto, **JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA para CONDENAR os réus MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS, MILLER APARECIDO DE BARROS FERREIRA, WANDERSON ALVES PEREIRA LUNAS E WESLEY NAUÂM DE LIMA DIAS, qualificados nos autos, pela prática do delito previsto no artigo 157, 2º, incisos II e V e 2º-A, inciso I do Código Penal. Passo à fixação da pena, em estrita observância ao sistema trifásico do art. 68 do Código Penal de forma individualizada para cada réu. Passo à dosimetria da pena. MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS** 1ª fase - Circunstâncias Judiciais Na análise do artigo 59 do CP, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais: A) culpabilidade: o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determine necessidade de acentuação; B) antecedentes: Trata-se de requisito objetivo, que impede qualquer análise subjetiva do julgador; nada havendo que possa ser valorado em prejuízo do réu no apenso juntado aos autos, em observância da Súmula n. 444 do STJ; C) conduta social e da personalidade: nada digno de nota foi constatado, além do desvio que o levou à prática delitiva; D) motivo: os motivos não ficaram claramente delineados nos autos, de modo que não é possível saber a real intenção do acusado em praticá-lo, se não a de obter vantagem econômica; E) circunstâncias e consequências: As circunstâncias do crime não prejudicam o réu. No que concerne às consequências, muito embora a infração praticada tenha atingido bem jurídico de suma importância, consistente no patrimônio público, tal fato é ínsito ao tipo, não devendo ser valorado para evitar a ocorrência de bis in idem; F) comportamento da vítima: o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito. Assim, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do artigo 157 do Código Penal entre os patamares de 04 a 10 anos de reclusão e multa, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 2ª fase - Circunstâncias atenuantes e agravantes Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. 3ª fase - Causas de diminuição e causas de aumento Conforme explicitado na fundamentação, incidem na espécie as majorantes previstas no artigo 157, 2º, incisos II e 2º-A, inciso I, do Código Penal, relativas à utilização de arma de fogo e ao cometimento da infração penal mediante o concurso de agentes, todas comprovadas e de conhecimento do réu. Assim, considerando na hipótese o concurso de causas de aumento, nos termos do parágrafo único do art. 68 do CP, aplico a causa que mais aumente, qual seja, 2/3 (dois terços) previsto no 2º-A inciso I do art. 157, referente à utilização de arma de fogo, resultando a pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, assim como pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa. Não havendo nos autos referência acerca da situação econômica-pessoal dos condenados, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, a saber, em um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizados monetariamente, na forma do 2º do art. 49 do CP, sendo que a liquidação da pena de multa deve-se ser feita em fase de execução. Reputo ausentes os requisitos do artigo 44 do CP para os fins de substituição da pena privativa de liberdade, haja vista a pena cominada e as circunstâncias do caso não indicarem ser tal substituição suficiente, por necessidade de reprimenda com caráter preventivo especial, além de repressivo e de ressocialização. Ainda, em razão da pena cominada, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, com fulcro no artigo 33, 2º, "b", do CP. Ressalto que o tempo de prisão cautelar deverá ser computado desde logo para efeitos de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, 2º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/12. No entanto, tendo sido a prisão mantida entre 25/04/2019 até a presente data - certidão de fl. 486, não há alteração nos parâmetros para fixação do regime inicial. **MILLER APARECIDO DE BARROS FERREIRA** 1ª fase - Circunstâncias Judiciais Na análise do artigo 59 do CP, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais: A) culpabilidade: o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determine necessidade de acentuação; B) antecedentes: Trata-se de requisito objetivo, que impede qualquer análise subjetiva do julgador. Frise-se que o réu possui extensa ficha criminal Conforme a Certidão de Objeto de Pé de fls. 4 do apenso, o réu foi condenado a pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses de reclusão e 22 dias-multa pela prática do crime de roubo em 23/04/2010, portanto, antes dos fatos ora analisados, que ocorreram em 12/07/2018. A referida sentença condenatória transitou em julgado em 16/11/2011, o que permite a valoração deste como mau antecedente, por não configurar a reincidência nos termos do artigo 63 do Código Penal. C) conduta social e da personalidade: nada digno de nota foi constatado, além do desvio que o levou à prática delitiva; D) motivo: os motivos não ficaram claramente delineados nos autos, de modo que não é possível saber a real intenção do acusado em praticá-lo, se não a de obter vantagem econômica; E) circunstâncias e consequências: As circunstâncias do crime não prejudicam o réu. No que concerne às consequências, muito embora a infração praticada tenha atingido bem jurídico de suma importância, consistente no patrimônio público, tal fato é ínsito ao tipo, não devendo ser valorado para evitar a ocorrência de bis in idem; F) comportamento da vítima: o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito. Assim, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do artigo 157 do Código Penal entre os patamares de 04 a 10 anos de reclusão e multa, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa. 2ª

fase - Circunstâncias atenuantes e agravantes Incide a agravante da reincidência, na forma do art. 61, I, do Código Penal, considerando a existência de condenação anterior com trânsito em julgado (autos n. 0070685-28.2013.8.26.0050 - Foro Criminal Central Barra Funda São Paulo/SP), em período inferior a 5 (cinco) anos da data dos fatos em discussão nestes autos. Por outro lado, verifico a atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, "d", ambos do Código Penal, uma vez que, em juízo, o réu admitiu a prática dos fatos. Conforme atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, não dever ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (STF, HC 101909 e STJ, EREsp 1154752, repetitivo). Nesse sentido é o entendimento das Turmas Criminais do E. TRF da 3ª Região, verbis: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. ART. 157, 2, I, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. 1. Materialidade e autoria comprovadas. 2. Pena-base. Verificada a presença de três condenações transitadas em julgado, nada impede que uma delas seja valorada na segunda fase da dosimetria, a título de reincidência, e as demais sejam utilizadas como maus antecedentes, não havendo que se falar em bis in idem. As circunstâncias do delito apresentam-se normais para a espécie, o que recomenda a redução da pena-base. 3. Compensação da circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão. (...). (Apelação Criminal n. 0003608-72.2017.4.03.6181, Rel. Des. Federal Nino Toldo, 11ª Turma, Data: 25/02/2019, Fonte: e-DJF3 Judicial 1). Grifo nosso. "PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, 1º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTANEA. SUMULA 545 DO STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINICIDENCIA. PENA DE MULTA. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. (...) 6. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea com base na Sumula 545 do STJ. Compensada com a agravante da reincidência". (Apelação Criminal n. 0001653-53.2017.4.03.6133, Rel. Des. Federal Paulo Fonte, 5ª Turma, Fonte: e-DJF3 Judicial 1; Data: 25/02/2019). Grifo nosso. Assim, a pena permanece tal qual estabelecida na primeira fase. 3ª fase - Causas de diminuição e causas de aumento Conforme explicitado na fundamentação, incidem na espécie as majorantes previstas no artigo 157, 2º, incisos II e 2º-A, inciso I, do Código Penal, relativas à utilização de arma de fogo e ao cometimento da infração penal mediante o concurso de agentes, todas comprovadas e de conhecimento do réu. Assim, considerando na hipótese o concurso de causas de aumento, nos termos do parágrafo único do art. 68 do CP, aplico a causa que mais aumente, qual seja, 2/3 (dois terços) previsto no 2º-A, inciso I do art. 157, referente à utilização de arma de fogo, resultando a pena em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, assim como pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa. Não havendo nos autos referência acerca da situação econômica-pessoal dos condenados, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, a saber, em um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizados monetariamente, na forma do 2º do art. 49 do CP, sendo que a liquidação da pena de multa deve-se ser feita em fase de execução. Reputo ausentes os requisitos do artigo 44 do CP para os fins de substituição da pena privativa de liberdade, haja vista a pena cominada e as circunstâncias do caso não indicarem ser tal substituição suficiente, por necessidade de reprimenda com caráter preventivo especial, além de repressivo e de ressocialização. Ainda, em razão da pena cominada, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena, com fulcro no artigo 33, 2º, "b", do CP. Ressalto que o tempo de prisão cautelar deverá ser computado desde logo para efeitos de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, 2º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/12. No entanto, tendo sido a prisão mantida entre 25/04/2019 até a presente data - certidão de fl. 486, não há alteração nos parâmetros para fixação do regime inicial. WANDERSON ALVES PEREIRA LUNAS 1ª fase - Circunstâncias Judiciais Na análise do artigo 59 do CP, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais: A) culpabilidade: o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determine necessidade de acentuação; B) antecedentes: Trata-se de requisito objetivo, que impede qualquer análise subjetiva do julgador, nada havendo que possa ser valorado em prejuízo do réu no apenso juntado aos autos, em observância da Súmula n. 444 do STJ; C) conduta social e da personalidade: nada digno de nota foi constatado, além do desvio que o levou à prática delitiva; D) motivo: os motivos não ficaram claramente delineados nos autos, de modo que não é possível saber a real intenção do acusado em praticá-lo, se não a de obter vantagem econômica; E) circunstâncias e consequências: As circunstâncias do crime não prejudicam o réu. No que concerne às consequências, muito embora a infração praticada tenha atingido bem jurídico de suma importância, consistente no patrimônio público, tal fato é insito ao tipo, não devendo ser valorado para evitar a ocorrência de bis in idem; F) comportamento da vítima: o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito. Assim, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do artigo 157 do Código Penal entre os patamares de 04 a 10 anos de reclusão e multa, pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 2ª fase - Circunstâncias atenuantes e agravantes Não há circunstâncias agravantes a serem consideradas. Por sua vez, o réu confessou o delito, o que justifica a incidência da atenuante prevista no art. 65, II, d, do Código Penal. No entanto, deixa-se de reduzir a pena abaixo do piso legal, à luz da Súmula 231 do STJ, ficando a pena, nesta fase, estabelecida no mesmo quantum de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 3ª fase - Causas de diminuição e causas de aumento Conforme explicitado na fundamentação, incidem na espécie as majorantes previstas no artigo 157, 2º, incisos II e 2º-A, inciso I, do Código Penal, relativas à utilização de arma de fogo e ao cometimento da infração

penal mediante o concurso de agentes, todas comprovadas e de conhecimento do réu. Assim, considerando na hipótese o concurso de causas de aumento, nos termos do parágrafo único do art. 68 do CP, aplico a causa que mais aumente, qual seja, 2/3 (dois terços) previsto no 2º-Am inciso I do art. 157, referente à utilização de arma de fogo, resultando a pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, assim como pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa. Não havendo nos autos referência acerca da situação econômica-pessoal dos condenados, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, a saber, em um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizados monetariamente, na forma do 2º do art. 49 do CP, sendo que a liquidação da pena de multa deve-se ser feita em fase de execução. Reputo ausentes os requisitos do artigo 44 do CP para os fins de substituição da pena privativa de liberdade, haja vista a pena cominada e as circunstâncias do caso não indicarem ser tal substituição suficiente, por necessidade de reprimenda com caráter preventivo especial, além de repressivo e de ressocialização. Ainda, em razão da pena cominada, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, com fulcro no artigo 33, 2º, "b", do CP. Ressalto que o tempo de prisão cautelar deverá ser computado desde logo para efeitos de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, 2º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/12. No entanto, tendo sido a prisão mantida entre 24/04/2019 até a presente data - certidão de fl. 486, não há alteração nos parâmetros para fixação do regime inicial. WESLEY NAUAM DE LIMA DIAS 1ª fase - Circunstâncias Judiciais Na análise do artigo 59 do CP, merecem registro as seguintes circunstâncias judiciais: A) culpabilidade: o acusado é culpável, já que tinha conhecimento do caráter ilícito do fato e condições de autodeterminação. Apresentava e apresenta sanidade mental que lhe permitia não realizar a conduta ilícita, sendo exigível que agisse de modo diverso. Não há nos autos qualquer prova da existência de causa excludente da culpabilidade. Nesse tópico, tenho que a mencionada culpabilidade deve ser considerada em seu grau normal, não havendo motivos que determine necessidade de acentuação; B) antecedentes: Trata-se de requisito objetivo, que impede qualquer análise subjetiva do julgador, nada havendo que possa ser valorado em prejuízo do réu no apenso juntado aos autos, em observância da Súmula n. 444 do STJ; C) conduta social e da personalidade: nada digno de nota foi constatado, além do desvio que o levou à prática delitiva; D) motivo: os motivos não ficaram claramente delineados nos autos, de modo que não é possível saber a real intenção do acusado em praticá-lo, se não a de obter vantagem econômica; E) circunstâncias e consequências: As circunstâncias do crime não prejudicam o réu. No que concerne às consequências, muito embora a infração praticada tenha atingido bem jurídico de suma importância, consistente no patrimônio público, tal fato é ínsito ao tipo, não devendo ser valorado para evitar a ocorrência de bis in idem; F) comportamento da vítima: o comportamento da vítima em nada influenciou no cometimento do delito. Assim, considerando as penas abstratamente cominadas no preceito secundário do artigo 157 do Código Penal entre os patamares de 04 a 10 anos de reclusão e multa, pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 2ª fase - Circunstâncias atenuantes e agravantes Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. 3ª fase - Causas de diminuição e causas de aumento Conforme explicitado na fundamentação, incidem na espécie as majorantes previstas no artigo 157, 2º, incisos II e 2º-A, inciso I, do Código Penal, relativas à utilização de arma de fogo e ao cometimento da infração penal mediante o concurso de agentes, todas comprovadas e de conhecimento do réu. Assim, considerando na hipótese o concurso de causas de aumento, nos termos do parágrafo único do art. 68 do CP, aplico a causa que mais aumente, qual seja, 2/3 (dois terços) previsto no 2º-Am inciso I do art. 157, referente à utilização de arma de fogo, resultando a pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, assim como pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa. Não havendo nos autos referência acerca da situação econômica-pessoal dos condenados, fixo o valor unitário do dia-multa no mínimo legal, a saber, em um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizados monetariamente, na forma do 2º do art. 49 do CP, sendo que a liquidação da pena de multa deve-se ser feita em fase de execução. Reputo ausentes os requisitos do artigo 44 do CP para os fins de substituição da pena privativa de liberdade, haja vista a pena cominada e as circunstâncias do caso não indicarem ser tal substituição suficiente, por necessidade de reprimenda com caráter preventivo especial, além de repressivo e de ressocialização. Ainda, em razão da pena cominada, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, com fulcro no artigo 33, 2º, "b", do CP. Ressalto que o tempo de prisão cautelar deverá ser computado desde logo para efeitos de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, 2º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 12.736/12. No entanto, tendo sido a prisão mantida entre 24/04/2019 até a presente data - certidão de fl. 486, não há alteração nos parâmetros para fixação do regime inicial. DISPOSIÇÕES COMUNS Isento os réus assistidos pela Defensoria Pública da União do pagamento das custas processuais, com fulcro no artigo 4º da lei n. 1.060/50, ressalvado, no entanto, o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, condenando os demais. Transitada em julgado a decisão façam-se as anotações e comunicações de praxe, arquivando-se os autos na sequência. **Os réus não poderão apelar em liberdade, restando mantidos, por ora, os fundamentos da decisão de segregação cautelar preventiva.** Providências após o trânsito em julgado para o réu condenado: 1) Expeça-se Guia de Execução para o juízo competente; 2) Lance-se o nome do réu no rol dos culpados; 3) Oficiem-se aos órgãos responsáveis pelas estatísticas criminais (IIRGD e INI), assim como se comunique ao TRE; Publique-se, intimem-se, registre-se e cumprase. São Paulo/SP, 08 de novembro de 2019. g.n.

Apesar de a presente impetração não vir acompanhada da decisão ora combatida, transcrevo-a tendo em vista consulta processual disponível no site da Justiça Federal da 3ª Região, e datada de 24.04.2019:

Visto. Trata-se de inquérito policial instaurado pela polícia federal de São Paulo para apurar eventual crime de roubo praticado com causas de aumento de pena e de associação criminosa (157, 2º, incisos II e V e 2º-A, inciso I, c/c art. 70 e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal), aos 12/07/2018, contra AC PARI dos Correios, localizada na Rua Rio Bonito 1452, nesta capital, ocasião na qual teria sido subtraído R\$ 7.308,28 (sete mil e trezentos e oito reais e vinte e oito centavos) em dinheiro, produtos no valor de R\$ 1.460,00 (um mil e quatrocentos e sessenta reais), além de aparelhos celulares das vítimas. Diligências realizadas pela polícia federal (fls. 98/99) permitiram às vítimas identificar pessoalmente e fotograficamente MILER APARECIDO BARROS FERREIRA (fls. 255, 257, 262, 264, 266, 267, 268), MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS (fls. 255, 257, 261, 264, 266), WANDERSON ALVES PEREIRA LUNAS (fls. 256, 257, 259, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269), WESLEY NAUÂN DE LIMA DIAS (fls. 256), informando a autoridade policial que todos os envolvidos teriam sido presos em flagrante por roubos às agências dos Correios, especificando que WANDERSON e MATHEUS teriam sido presos juntos quando do roubo da AC CAPIVARI aos 10/08/2018 (fls. 123/125). Os investigados MILER, MATHEUS, WANDERSON e WESLEY teriam sido denunciados na ação penal nº 0002540-87.2018.403.6105, que tramitaria perante a 09ª Vara Federal Criminal de Campinas (fls. 133/135). Após demais diligências, a autoridade policial procedeu ao indiciamento dos investigados MILER APARECIDO DE BARROS FERREIRA, MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS, WANDERSON ALVES PEREIRA LUNAS e WESLEY NAUÂN DE LIMA DIAS (fls. 240/242). Em seus interrogatórios perante a autoridade policial, MILER (fls. 292/295) e WANDERSON (fls. 280/282) confessaram ter participado do delito em tela. MATHEUS, apesar de ter negado a sua participação, identificou pelas imagens gravadas pelo sistema de segurança aqueles dois primeiros, bem como o WESLEY (fls. 286/288). Já WESLEY, apesar de ter confessado a prática de crime contra outra agência dos Correios, negou em relação à agência PARI, reconhecendo WANDERSON pelas imagens da câmera de segurança (fls. 275/276). **No relatório de fls. 304/309, a autoridade policial representa pela decretação das prisões preventivas de MILER APARECIDO DE BARROS FERREIRA, MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS, WANDERSON ALVES FERREIRA LUNAS e WESLEY NAUÂN DE LIMA DIAS, bem como, na hipótese de instauração de ação penal, seja determinado para que os nomes e dados das vítimas sejam mantidos em sigilo e que, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, elas sejam mantidas, mesmo quando do aguardo do seu início, em ambiente separado dos réus, dos familiares que eventualmente comparecerem, bem como das testemunhas de defesa. O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 31/33, encampando os pedidos formulados pela autoridade policial. Decido. Para que haja a adoção da medida requerida devem estar presentes seus pressupostos e requisitos, quais sejam, indícios de materialidade e autoria (fumus comissi delicti - pressuposto da prisão preventiva), bem como a aferição de risco à ordem pública, ordem econômica, aplicação da lei penal ou instrução processual (periculum libertatis - requisitos ou fundamentos cautelares que dizem respeito ao risco trazido pela liberdade do acusado). Trata-se de crime doloso, cuja pena máxima é superior a 04 (quatro) anos, portanto se enquadra na hipótese do artigo 313, I, do Código de Processo Penal. Por fim, para que haja decreto de prisão preventiva, não deve ser o caso de cominação de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, ou seja, deve ser a prisão a única medida capaz de afastar o risco eventualmente existente com a liberdade do sujeito. Os pressupostos da prisão preventiva estão presentes, na medida em que há prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, em vista dos elementos colhidos durante a investigação. Para fins cautelares, portanto, está caracterizado o fumus comissi delicti. Os requisitos da preventiva, por sua vez também se encontram presentes. Vejamos. As investigações indicam que o delito teria sido cometido com uso de arma de fogo e em associação criminosa, sendo apenas um dentre vários outros dos quais os investigados são suspeitos de participação, tendo estes sido denunciados, inclusive, na ação penal nº 0002540-87.2018.403.6105, que tramita perante a 09ª Vara Federal Criminal de Campinas (fls. 133/135), de forma que a decretação de sua prisão justifica-se para a garantia da ordem pública. Em face destes fundamentos, fica patente que nenhuma das medidas constantes do art. 319 do Código de Processo Penal seria suficiente para afastar os riscos que a liberdade dos investigados acarretaria, motivo pelo qual a prisão preventiva deve efetivamente ser decretada. Nessa medida, **DECRETO a prisão preventiva de MILER APARECIDO DE BARROS FERREIRA, MATHEUS PENEZIO DOS SANTOS, WANDERSON ALVES FERREIRA LUNAS e WESLEY NAUÂN DE LIMA DIAS.** Os investigados deverão ser mantidos separados dos condenados (artigo 300 do CPP). DEFIRO as medidas de preservação da identidade, da imagem e dados pessoais de todas as testemunhas que realizaram os reconhecimentos pessoais, mantendo-as sob sigilo judicial, visando garantir a segurança, o bem estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada destas, sendo certo que tais dados não devem ser levados ao conhecimento dos defensores. Desse modo, determino: (1) Providencie a Secretaria o desentranhamento do envelope de fls. 303, no qual o próprio órgão policial já providenciou a preservação dos nomes e dados das vítimas e testemunhas, tendo já providenciado a supressão nos autos dos nomes, bem como dos dados das vítimas e das testemunhas, autuando-os em apartado em expediente de uso restrito deste Juízo. (2) Aponha-se na capa do feito anotação referente à proteção de testemunhas, a fim de que seja observado o sigilo de seus dados quando da instrução dos autos, devendo quaisquer documentos a elas relativos ser juntados no expediente de uso restrito deste Juízo com a juntada aos autos de cópia com a devida supressão dos dados sigilosos como acima determinado. (3) **Expeçam-se mandados de prisão em desfavor dos investigados acima mencionados, com a decretação do sigilo absoluto dos autos até o efetivo cumprimento das prisões, apondo-se as respectivas tarjas na capa dos autos. Encontrando-se os autos relatados, dê-se vista ao MPF para manifestação sobre o prosseguimento do feito. g.n.****

A decisão do juízo *a quo* foi suficientemente fundamentada no sentido de que o acusado não poderá recorrer em liberdade, haja vista a permanência das condições de cautelaridade, não havendo que se falar em afronta ao artigo 387, § 1º, do CPP.

Com efeito, o paciente respondeu ao processo encarcerado cautelarmente, não havendo que se falar em constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso de apelação, sobretudo quando ainda presentes os motivos que ensejaram a segregação cautelar.

Transparece de modo claro o motivo para a vedação de o paciente apelar em liberdade, não só porque respondeu ao processo preso, como os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal encontram-se materializados na sentença condenatória.

Nesta trilha, confira-se o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACUSADA QUE PERMANECEU SEGREGADA DURANTE TODO O PROCESSO. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO PONTO. WRIT DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Recorrente condenada às penas de 08 oito anos de reclusão e 1200 dias-multa, como incurso no art. 33, caput, e no art. 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, porque, segundo a denúncia, foram encontrados em sua residência 305,35g de maconha e 46,02g de cocaína, a quantia de R\$ 500,00, e caderno com anotações alusivas à contabilidade do tráfico de drogas. 2. Impossível o exame da apontada ilegalidade na fundamentação da prisão cautelar, notadamente no tocante ao preenchimento ou não dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, pois a Recorrente não se desincumbiu da tarefa de instruir adequadamente o feito. 3. **Não é possível determinar a incontinenti soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente enquanto tramitava o processo-crime, em razão do entendimento ‘de que não há lógica em permitir que o réu, preso [...] durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar’** (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08). 4. A existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, quando presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 5. Recurso ordinário desprovido, ressaltando a possibilidade de adequação da custódia cautelar ao regime semiaberto, caso por outro motivo não esteja a Recorrente segregada no regime fechado. (STJ - RHC: 38225 SC 2013/0167966-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013) – g.n.*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INALTERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE DETERMINARAM A PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME PRISIONAL. APELAÇÃO EM PROCESSAMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A prisão cautelar é medida sabidamente excepcional em nosso ordenamento jurídico. Deve sempre estar calcada em decisão judicial fundamentada que demonstre, objetivamente, a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 2. **É assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que, inexistindo alterações fáticas que a justifiquem, não faz sentido deferir a liberdade provisória após a sentença condenatória a réu que permaneceu preso durante toda a instrução penal.** 3. Na hipótese, a prisão preventiva encontrasse suficientemente justificada, em razão da gravidade concreta do delito, pois cuida-se de roubo de estabelecimento comercial, por 4 pessoas, portando duas armas de fogo, no qual as vítimas foram ameaçadas e intimidadas ostensivamente e trancadas em um pequeno cômodo. Ademais, segundo consta da sentença, na fuga, houve troca de tiros com a polícia, a revelar a audácia e periculosidade dos roubadores, o que impõe a medida extrema para garantia da ordem pública. 4. A revisão do regime prisional, em sede de habeas corpus mesmo quando pendente recurso de apelação somente é possível se constatada flagrante ilegalidade, o que não se verifica na espécie. 5. O fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal não impõe ou determina, automaticamente, a fixação do regime inicial semiaberto, quando evidenciada a especial gravidade do modus operandi do delito e, portanto, a maior reprovabilidade da conduta. 6. Recurso ordinário desprovido. (RHC 83.678/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017) – g.n.*

Importa ressaltar, no que se refere à prisão preventiva mantida na sentença, que tal medida tem cunho cautelar e excepcional, e deve ser decretada quando necessária à garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, não se confundindo com a pena decorrente de sentença penal condenatória, onde o Estado busca a prevenção, retribuição e ressocialização do condenado.

Com efeito, nos casos em que estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, não há que se falar na incompatibilidade entre a fixação do regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso e a manutenção da custódia cautelar, como já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

*..EMEN: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO CAUTELAR E FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. COMPATIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. (...)
2. Na hipótese, as instâncias ordinárias entenderam adequado decretar a prisão cautelar do paciente, enfatizando, sobretudo, a reiteração delitiva em virtude da prática de outros crimes contra o patrimônio, sendo que uma das infrações teria sido cometida no gozo da liberdade provisória concedida na ação penal que ora se cuida, o que evidencia inequívoco risco à ordem pública e autoriza, portanto, a segregação provisória, nos moldes do preconizado no art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Ademais, este Tribunal Superior já firmou compreensão no sentido de que não há incompatibilidade entre a segregação cautelar e a fixação de regime de cumprimento de pena menos gravoso, se os motivos autorizadores da medida extrema permanecem hígidos. 4. Habeas corpus denegado.
..EMEN: (HC 201102222861, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:09/02/2012 ..DTPB:.) – g. n.*

Assim, tendo em vista a gravidade do crime e as circunstâncias do fato, a manutenção da custódia cautelar do paciente é medida que se impõe.

Não se verifica, pois, o apontado constrangimento ilegal ao direito de liberdade do paciente.

Passo à análise do pedido subsidiário.

Subsidiariamente, requer o impetrante seja determinado ao Coordenador da Secretaria de Administração Penitenciária, que providencie a transferência de condenado para estabelecimento prisional compatível com o regime fixado na sentença, no prazo de 48 horas, sob pena de responsabilização pessoal.

Contudo, referido pedido foge ao fim precípuo da medida protetiva do *Habeas Corpus* e deve ser objeto de requerimento por via própria, razão pela qual **não deve ser conhecido**.

Ausentes os pressupostos autorizadores, **INDEFIRO** a liminar pleiteada.

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

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

P.I.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5033152-65.2019.4.03.0000

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

IMPETRANTE: JOAO MAIA CORREA JOAQUIM, EVANDRO DIAS JOAQUIM, JULIANA VIEIRA DOS SANTOS

PACIENTE: THABATA NEDER

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Evandro Dias Joaquim, João Maria Corrêa Joaquim e Juliana Vieira dos Santos, em favor de THABATA NEDER, contra ato da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, consistente no indeferimento do pedido liminar formulado nos autos do *habeas corpus* nº 5004239-57.2019.4.03.6181, em tramitação naquele juízo.

Os impetrantes defendem, inicialmente, o cabimento do *writ*, com a superação, em caráter excepcional, da orientação contida na Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. Alegam, outrossim, que a decisão ora impugnada configura constrangimento ilegal, com os seguintes argumentos (ID 109285331):

O presente caso enquadra-se nos casos excepcionais: os pacientes vieram ao Poder Judiciário pleitear um direito. Ao invés do MM. Juízo analisar se eles têm ou não esse direito e estabelecer os limites e critérios para o exercício desse direito, decidiu afirmando que o lugar que pretendem exercer esse direito não seria adequado.

A análise do direito à saúde de um grupo de pessoas portadoras de doenças graves que precisam fazer uso medicinal da Cannabis para não terem convulsões, dores excruciantes, ou progressão rápida da doença que os acomete, foi substituída pela discussão das condições em que esse direito pode ser exercido. A ilegalidade da decisão ora questionada consiste na denegação de direito, apenas pelo entendimento do Juízo de aquele direito não poderia ser exercido do modo imaginado pelos impetrantes, o que poderia bem ser matéria de limitação, modulação ou restrição a constar da própria sentença.

Decisão ilegal, a par de ilógica, eis que o acessório – local de cumprimento do direito – não se poderia sobrepor ao principal - o reconhecimento do próprio direito.

De outra parte, a edição da chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trouxe disposições sobre segurança jurídica, olvidadas na decisão atacada. Inclusive na esfera judicial, não há mais como se decidir, em nome de valores jurídicos abstratos, sem consideração das consequências práticas da decisão, devendo a motivação do ato considerar possíveis alternativas. É dessa forma, seguindo essas novas regras, que devem se pautar os processos de dicção do direito.

Ao revés, a decisão atacada também desprestigiou medida múltipla que contribuiria para desafogar o Poder Judiciário, evitando a existência de 35 ações distintas. E, contrariando, por fim, toda uma jurisprudência corajosamente erigida por essa Justiça Federal, a decisão impugnada intima de imediato a autoridade coatora (todas as forças de segurança pública do Estado de São Paulo - Ids. 26395269, 26395272, 26395273 e 26395277), como a dizer: Ajam!

Em resumo: os Impetrantes vieram trazer uma tese em progressiva construção nesta Justiça e saem com a intimação das autoridades coadoras a dizer que eles não têm qualquer proteção judicial que os libere do arbítrio que motivou o habeas corpus inicial.

Os impetrantes juntaram, ainda, uma robusta documentação de cada um dos 35 então pacientes, com laudo médico atestando a doença que o acomete, sua extensão, e prescrição médica com o medicamento a base de Cannabis e sua posologia, documentação ignorada pelo MPF e pela MM. Juíza na decisão. A maioria dos relatórios médicos é assinado por uma das poucas médicas autorizadas a prescrever o uso medicinal da Cannabis (é necessário um registro específico para tanto), sendo uma das maiores referências no assunto no país, atuando no Hospital Sírio Libanês. A própria representante do MPF afirma que a Dra. Paula Dall Stella participou de uma recente discussão sobre os benefícios medicinais da planta, na escola da Magistratura do TRF3, em mesa presidida pelo Exmo. Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque.

Sendo certo que TODOS os pacientes têm laudo médico e prescrição para uso da Cannabis (e sua maioria já tem, inclusive, autorização da ANVISA para importação do sintético), resta demonstrado que aquele HC estava bem instruído, conforme vem exigindo a jurisprudência deste Tribunal.

Na emenda à inicial, os impetrantes indicaram o número de sementes necessárias para cultivo das plantas e produção dos medicamentos, na medida estimada da demanda necessária para tratamento de cada paciente. Cabe ressaltar que, além dessa estimativa, trouxeram uma série de precedentes jurisprudenciais, inclusive deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que poderiam ser utilizados como parâmetro para o estabelecimento dos controles de fiscalização.

Ressalte-se, ainda, que em muitos desses casos o Poder Judiciário delimitou não apenas o número de sementes que os pacientes poderiam importar, como também o número limite de plantas em estágio de floração que cada um poderia ter em sua residência. Em outras palavras, os impetrantes forneceram subsídios suficientes para que a MM. Juíza pudesse definir a forma pela qual poderiam exercer o direito pleiteado (REMESSA NECESSÁRIA CRIMINAL Nº 0011503-50.2018.4.03.6181/SP – juntado como doc. 7 da inicial)

E ao não fazê-lo, por consequência lógica, há o risco iminente de constrangimento e até mesmo de cerceamento da liberdade dos pacientes decorrente de má-interpretação da sua conduta pelas referidas autoridades coatoras. Por esse motivo, que se impetra o presente habeas corpus perante este Colendo Tribunal.

(...)

A decisão atacada, como já visto, é ilegal e abusiva pela ausência de motivação, ao deixar de apreciar o direito e a existência dos requisitos para concessão de liminar, quais sejam, a plausibilidade do direito apresentado e o risco ao resultado útil do processo. E como se verá, esses requisitos estão preenchidos a justificar a concessão da liminar. Senão vejamos.

(...)

Para fins medicinais, a importação de semente, plantio e produção do medicamento é conduta lícita porque não é constituída pelo dolo do artigo 33 (que tem como finalidade a produção de droga, como elemento subjetivo do injusto). Tanto, que a própria Lei de Drogas, em seu artigo 1º, parágrafo único, exclui do rol de substâncias entorpecentes aquelas que a ANVISA vier a considerar como plantas medicinais, na esteira do que ocorreu com a Cannabis sativa na RDC 156/2017, como visto acima.

Dito de outra forma, a palavra “drogas”, objeto material do tipo penal do artigo 33 da Lei de Drogas, exige o complemento da norma penal em branco, que é dado pela RDC 156/2017, motivo pelo qual não há caracterização do tipo penal quando a Cannabis for usada para fins medicinais (como é o caso).

E, de mais a mais, não faria sentido que os pacientes fossem obrigados a fazer uso de um sintético importado, que, além de caro, tem efeito reduzido em relação ao que é extraído diretamente da planta (Doc. 4 juntado com a inicial do HC 5004239-57.2019.4.03.6181). Esta demanda, então, está também inserida no campo do direito à saúde e da dignidade humana.

O salvo conduto pleiteado neste habeas corpus visa impedir que a polícia aja sob uma conduta que é lícita, acabando com risco de prisão da paciente que pretende continuar a cultivar o vegetal Cannabis segundo as regras a serem estabelecidas pela Justiça, para preparar ela mesma o remédio que, segundo os médicos especialistas, vem sendo utilizado com sucesso no tratamento de sua doença.

Afinal, o objetivo maior é a melhora na qualidade de vida e bem-estar, elementos fundamentais à dignidade da pessoa humana, principalmente se tratando, em muitos casos, de pessoas com doenças raras e refratárias aos tratamentos convencionais, das quais não se poderia exigir conduta diversa.

(...)

Considerando que a saúde é um direito fundamental do indivíduo e dever precípua do Estado, nos termos dos artigos 6º, 23, inciso II, e 196 da Constituição Federal, os pacientes não podem ser prejudicados por regulamentação realizada de maneira mais restritiva que a própria Lei de Drogas e as Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, excluindo o acesso aos benefícios terapêuticos de um vegetal que efetivamente traz expectativa de uma vida com dignidade para pessoas com enfermidades graves. E não podem ser prejudicados porque tentaram contribuir com o Poder Judiciário apresentando um único HC, ao invés de 35 medidas separadas.

Relevante notar, portanto, que o reconhecimento da ausência de ilicitude no cultivo de Cannabis para fins medicinais é, na verdade, expressão do direito público à saúde, individual homogêneo para todos os associados, que necessitam da Cannabis para a própria sobrevivência ou melhora significativa de sua qualidade de vida. O reconhecimento do direito ao cultivo aos que dele necessitam é o cumprimento do dever estatal de dar saúde a seus cidadãos.

Nesse sentido, o acesso aos benefícios terapêuticos da Cannabis, ao contrário de ofender qualquer bem jurídico de natureza penal, é um direito individual de caráter social, incluído no rol de direitos sociais do art. 6º, garantido pelo art. 196, ambos da CF.

E, por óbvio, o direito garantido constitucionalmente não pode ser vedado pelo Direito Penal.

(...)

Neste sentido, vale lembrar que o bem jurídico tutelado pelo art. 33 da Lei 11.343/06 é a saúde pública.

A conduta proibida, portanto, é aquela que atinge ou que ofende esse bem jurídico, ou seja, que causa dano à saúde pública, uma vez que o bem jurídico é um valor “que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real”. No caso em tela, o que se visa é o oposto: a proteção da saúde pública, o que, por si só, é outro argumento a comprovar a atipicidade da conduta caracterizada pela importação de semente, plantio e cultivo para fins medicinais).

E é constitucional a proteção da saúde, de se viver uma vida digna, permeada por menos sofrimento, restando cristalina a legalidade da utilização da Cannabis para esse fim.

Cabe aqui repetir à exaustão: o salvo conduto que se pleiteia é para a importação de semente, plantio e cultivo da Cannabis para finalidade exclusivamente medicinal.

E é fundamental notar que para cada então paciente no habeas corpus originário há um laudo médico específico, descrevendo detalhes da sua doença, bem como a correspondente prescrição médica para o uso da medicinal da Cannabis.

(...)

É fundamental identificar que o indeferimento da liminar diz respeito à interpretação de que o local indicado como sede da Associação não seria adequado para o pleito, bem como que não seria possível o plantio coletivo “sem qualquer controle”.

Ora, a ideia de plantio na sede da Associação, como já dito, tem por finalidade exatamente facilitar o controle e fiscalização por parte do Poder Público! É muito mais fácil fiscalizar apenas um local, do que 35, na quantidade de sementes que for autorizado pelo Poder Judiciário.

Sobre a adequação do local, do ponto de vista técnico, com a devida vênia, não se mostra plausível o debate nesta seara, sendo que os critérios e requisitos para adequação do local poderão ser fixados na decisão que se aguarda.

É claro que a partir dos critérios e regras a serem definidos por este MM. Juízo, os pacientes poderão identificar a eventual necessidade de mudanças no local em razão de exigências da decisão judicial.

Foi precipitada, portanto, a alegação de inadequação do local da sede da Associação, sem a definição dos critérios a serem seguidos (o que poderia ser sugerido pelo MPF e deveria ser definido pela autoridade judicial, na concessão da autorização). Como já dito, a análise do direito foi substituída pela análise do local, o que não se mostra adequado.

Como já dito, há jurisprudência definindo esses critérios de fiscalização e controle (cf. decisões juntadas com a inicial – docs. 6 a 10). E o cumprimento desses critérios, obviamente, é feito a posteriori, a partir de sua definição (e não antes de se saber nem mesmo se haverá autorização).

(...)

A paciente deste HC tem doença grave e já faz o uso medicinal da Cannabis na sua forma fitoterápica. O objeto deste HC é, portanto, impedir que as autoridades policiais, numa má interpretação da legislação ao caso concreto, venham a restringir sua liberdade ou inviabilizar seu tratamento de saúde.

Vale lembrar que os requisitos para tutela de urgência são a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil ao processo, já extensamente explicados acima.

A paciente, Thabata Neder, foi diagnosticada com um transtorno de discos lombares e de outros discos intervertebrais com radiculopatia (CID 1015 – M51.1). Em decorrência de um acidente esportivo em 1992, quando tinha apenas 12 anos de idade, foi submetida a cirurgia na coluna vertebral e passou a sofrer dores crônicas. À época, o tratamento era a base de analgésicos e anti-inflamatórios, em doses máximas, alguns deles opiáceos, tais como Tramal, Tandrifax e Oxiconona. Algumas vezes as dores crônicas eram tão fortes que ela teve que ir ao hospital para tomar morfina via intravenosa.

Após uma segunda cirurgia, em 1999, ao contrário do prognóstico inicial dos médicos, as dores não melhoraram e o tratamento médico tornou-se cada vez mais ineficiente. As dores chegaram a ser consideradas intratáveis. Com isso, a Sra. Thabata Neder passou a procurar tratamentos alternativos, principalmente por meio da medicina integrativa.

Nesse período, continuaram as prescrições de diversos tipos de opioides para analgesia e anti-inflamatórios para tratamento da dor crônica, sem resultado positivo e, pior, com o desenvolvimento de outros problemas de saúde, tratados com o uso de medicamentos controlados, como ansiolíticos e antidepressivos.

Com o agravamento de seu quadro clínico e pesquisa por outros tratamentos médicos, a paciente iniciou em 2010 um tratamento com Cannabis medicinal nos Estados Unidos.

De início, com a mudança do tratamento médico, houve uma melhora perceptível.

A partir de então a paciente passou a cultivar as suas próprias plantas de Cannabis e a produzir os próprios medicamentos, apresentando melhora completa de seu quadro clínico, se comparado com o período no qual seguia um tratamento médico exclusivamente alopático.

Ela demonstrou ter prescrição médica para uso medicinal da Cannabis e autorização para importação do medicamento sintético.

Mesmo não havendo risco de morte, é certo que o seu tratamento não pode ser interrompido, pois ela usa o medicamento para redução de dores. Sem o uso na dosagem correta, a paciente será lançada a uma situação agonizante de dores que podem impedir seus movimentos e uma significativa piora em sua qualidade de vida, o que atenta contra o princípio da dignidade humana.

No eventual conflito entre a proteção dos bens jurídicos tutelados pelos delitos previstos nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas e os direitos à saúde e à vida, é claro que são estes últimos, constitucionalmente garantidos, que devem prevalecer.

Ainda sobre a probabilidade do direito invocado, repetimos a decisão do STF, em que o Ministro Celso de Melo, ao julgar o Habeas Corpus 143.890 entendeu que a conduta de importar sementes de Cannabis sativa era atípica, pois as sementes não se revelam aptas a produzir dependência física e/ou psíquica, o que as torna inócuas, não constituindo, por isso mesmo, elementos caracterizadores de matéria-prima para a produção de drogas e restabeleceu a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia (STF, Dec. 13/05/2019, DJE 101 de 14/05/2019).

E, por fim, vale lembrar o risco que correm os pacientes para fazer uso desse direito: os dispositivos constitucionais que se referem ao consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas, estabelecem o crime de tráfico de entorpecentes como crime inafiançável e insuscetível de graça ou de anistia (art. 5º, XLIII, CF), bem como decretam a expropriação sem direito a qualquer indenização, de propriedades usadas para culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243, CF).

Por isso a urgência da medida: para garantir o direito a saúde e para impedir a aplicação de legislação muito rigorosa (com restrição de liberdade) em conduta que nem típica é para portadora de doença que nada mais está fazendo do que exercer seu direito à saúde.

Então, os impetrantes formularam o seguinte pedido:

Ante todo o exposto, pede-se que seja concedida liminar deste writ, ou, se assim não entender, seja concedido habeas corpus de ofício sustando-se os efeitos da decisão proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo nos autos do HC 5004239-57.2019.4.03.6181 (ID 26389308), concedendo-se provisoriamente a ordem para que as autoridades de segurança pública sejam impedidas de proceder à prisão da paciente, ou processá-la criminalmente, pela importação de semente, cultivo, uso e produção artesanal da Cannabis para fins exclusivamente terapêuticos, bem como se abstenham de apreenderem os vegetais da referida planta, tudo isso a vigorar até apreciação final do habeas corpus originariamente impetrado perante a Justiça Federal.

Dada a urgência da demanda, a impetração é feita em nome de uma das pacientes do HC primitivo, mas espera-se, ao final, a extensão da ordem aos demais 34 pacientes do habeas corpus múltiplo preventivo originário.

É o relatório. **DECIDO.**

A hipótese é de indeferimento liminar do habeas corpus.

Os impetrantes buscam, neste *writ*, a reforma da decisão de indeferimento da medida liminar em anterior *habeas corpus* impetrado perante o juízo de primeiro grau ora apontado como autoridade coatora, o que não é possível, ante a ausência de previsão legal.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 691, segundo a qual “[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Embora seja possível a concessão de *habeas corpus* de ofício (CPP, art. 654, § 2º), sua incidência, em qualquer caso, tem contornos definidos constitucionalmente (CF, art. 5º, LXVIII) e, como tal, seu cabimento restringe-se a hipóteses de flagrante violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica da decisão impugnada.

Nesse sentido, anoto que o indeferimento da pretensão liminar dos impetrantes não configura flagrante ilegalidade ou abuso de poder, pois foi devidamente fundamentado, como se nota nos seguintes trechos da decisão proferida pela autoridade impetrada:

No caso em tela, a Associação impetrante pretende a concessão de salvo conduto para evitar a prisão, investigação e a instauração de ação penal pela importação de sementes e posterior plantio e cultivo de Cannabis para extração do material necessário ao tratamento de sintomas das doenças específicas que acomete os seus 35 associados. Aduz que constam nos autos os documentos referentes a cada associado e que cada um deles possui prescrição médica para o uso terapêutico da referida substância em seus tratamentos.

Em uma análise perfunctória exigida nesta fase processual entendo não estar presente no caso em apreço os requisitos para o deferimento de medida liminar:

Com efeito, os documentos que instruem a inicial e sua emenda não evidenciam que o plantio de "Cannabis Sativa" pela Associação, em nome dos seus associados, tem contornos de consumo pessoal e individualizado. Como bem destacou o Ministério Público Federal, o local a ser cultivado não se mostra, à primeira vista, adequado e nem seguro ao plantio; não há especificação de quantidade de sementes e nem quantidade do uso por cada paciente.

Outro ponto que se destaca é que a destinação comercial das plantas cultivadas e seus derivados não pode ser afastada de plano pelos elementos constante dos autos. O potencial de alcance e volume da produção sequer foi especificado. Da forma como foi exposto, a permissão pode chegar a alcançar inúmeras pessoas que vierem a ser associadas do aludido Clube.

A medida solicitada soa como uma autorização geral para importação, plantio, cultivo e fabricação de medicamento, sem dizer exatamente como, onde, por quem, a quantidade do que deva ser importado e plantado.

Ademais, não há *periculum in mora*, pois os impetrantes não demonstraram a necessidade de obtenção do provimento ora almejado neste momento, durante o recesso do Poder Judiciário, não havendo nos autos sequer indicativo da imprescindibilidade de prática dos atos cujo salvo conduto pleiteiam, neste período.

Por isso tudo, o *writ* não tem como ser conhecido.

Posto isso, com fundamento no art. 188 do Regimento Interno deste Tribunal, **INDEFIRO LIMINARMENTE** o *habeas corpus*.

Comunique-se à autoridade impetrada.

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

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5033155-20.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 38 - DES. FED. FAUSTO DE SANCTIS

PACIENTE: MOACIR RIBEIRO DA SILVA NETTO

Advogados do(a) PACIENTE: WELLYNGTON RAMOS FIGUEIRA - MS15584, ERES FIGUEIRA DA SILVA JUNIOR - MS19929

IMPETRADO: 3º VARA CRIMINAL DE CAMPO GRANDE

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judiciário.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor Moacir Ribeiro da Silva Netto, Policial Rodoviário Federal, para a revogação da prisão preventiva.

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

- a) o paciente está preso preventivamente por decisão de 04.07.19, encontrando-se preso irregularmente há mais de 142 (cento e quarenta e dois) dias;
- b) o motivo da prisão tem relação com a prática, em tese, dos crimes do art. 288, 317 e 318 do Código Penal (elencam-se ainda o art. 334-A do mesmo diploma legal e o art. 2º da Lei n. 12.850/13);
- c) o paciente requereu sem sucesso a extensão dos benefícios da revogação da prisão preventiva de Alaércio Dias Barbosa, bem como a substituição da prisão por medidas cautelares diversas;
- d) extrai-se da decisão que decretou a prisão cautelar a falta de indícios de autoria e de materialidade em relação ao paciente;
- e) dos 16 (dezesseis) denunciados no feito originário n. 0001484-43.2018.4.03.6000, foi representada a prisão preventiva de 8 (oito) envolvidos, sendo que 3 (três) continuam presos, José Antônio Mizael e Francisco Job, em tese líderes de uma organização criminosa investigada na operação Trunk, e o paciente, apontado como facilitador dos crimes investigados em razão de seu cargo;
- f) o paciente não tem envolvimento com os crimes, sendo vítima dos operadores do crime de contrabando;
- g) a operação Trunk investiga uma organização criminosa voltada para o transporte de cigarros contrabandeados, com o aliciamento de agentes públicos para a facilitação do crime, sendo que ocorreu a apreensão de uma carga em 01.07.18;
- h) não estão presentes os requisitos legais para a prisão preventiva, notadamente a garantia da ordem pública;
- i) há similitude fática-processual do paciente em relação ao denunciado Alaércio Dias Barbosa, razão pela qual requer a extensão da revogação de sua prisão preventiva (CPP, art. 580);
- j) a prisão não deve ser mantida, considerando que, caso condenado, o paciente, na hipótese mais grave, cumpriria pena no regime semiaberto;
- k) as condições pessoais do paciente são favoráveis, tendo família e endereço fixo (ID 109319276).

Foram juntados documentos.

É o relatório.

Decido.

Não se verifica, em sede de plantão judiciário, constrangimento ilegal a sanar por meio do presente *habeas corpus*.

Conforme se observa da decisão impugnada, a autoridade coatora diferenciou o contexto fático-processual do paciente em relação a Alaércio, mencionando a gravidade das condutas do paciente:

22. As investigações apresentaram fundados indícios de que MOACIR NETTO, ocupante do cargo público de Policial Rodoviário Federal, seja um membro permanente da organização, efetuando pesquisas nos sistemas privativos da PRF, das placas dos veículos do grupo, e mantendo constante contato, via aplicativo de mensagens, com o grupo, com a finalidade, em princípio, de dar instruções sobre horários e melhores formas de passagem pelas imediações da UOP de Rio Brillante, como forma de garantir o livre trânsito de mercadorias contrabandeadas.

23. Além disso, depreende-se uma relação de grande proximidade de MOACIR NETTO com FRANCISCO JOB, JOSÉ ANTONIO e ELAYNNE CRISTINA, evidenciada especialmente quando da prisão deste, ocasião em que, conforme se verifica nos diálogos de Patrícia (esposa de MOACIR) com Elayne Cristina (esposa de Francisco), há um grande esforço de MOACIR para obter notícias do paradeiro de FRANCISCO.

24. Tal proximidade também é aclarada, já que MOACIR atuou na organização muito mais do que um agente policial corrompido e na omissão de eventual facilitação de contrabando. A atuação de NETTO no grupo se deu, também, na prática do próprio delito de contrabando, ou seja, de forma comissiva, já que ele teria atuado, em tese, como “batedor” da carga ilícita, escoltando o caminhão carregado de cigarros, conforme o descreve a denúncia.

25. Ademais, não se pode olvidar que a reprovabilidade de suas condutas é agravada pelo fato de ser agente público e ter o dever funcional de repelir tais práticas, sendo que, conforme documentos trazidos pela Corregedoria da PRF, há indícios de que prática infracional de MOACIR advenha de longa data (...).

26. Dessa forma, a relação de MOACIAR NETTO com o grupo demonstra ser, em tese, muito mais próxima e permanente do que a relação de ALAÉRCIO, com funções mais diversificadas, de forma que mantém presente, em relação a ele, o requisito da **garantia da ordem pública**.

27. Nesse toar, sendo MOACIR membro, em princípio, estável no grupo, também permanece o requisito da garantia à ordem econômica, nos mesmos termos dos itens 15 e 16 supra.

(...).

6.3) Ademais, a defesa técnica de ALAÉRCIO ressaltou em seu pedido de revogação de prisão preventiva (manifestação oral em audiência no dia 06/12/2019) que o réu foi aposentado voluntariamente, restando afastado de suas atribuições. Assim, de acordo com a função que ocupava junto ao grupo, estritamente ligada ao exercício de suas funções, restam prejudicados o motivo de garantir a ordem pública e a ordem econômica pela decisão cautelar que o privava da liberdade. Nesses termos, não vislumbro similaridade fático-processual alegada por MOACIR e, por conseguinte, incabível a extensão dos efeitos da decisão judicial favorável a ALAÉRCIO, já que fundada em caráter pessoal do mesmo e em sua conexão pessoal com a própria dinâmica da atividade-fim do grupo criminoso organizado (seja realizando consultas aos sistemas da PRF e repassando informações para os contrabandistas, seja atuando ele próprio como batedor da carga).

7) Diante do exposto, **INDEFIRO** os pedidos e **MANTENHO** a prisão preventiva dos réus JOSÉ ANTÔNIO MIZAEL e MOACIR RIBEIRO DA SILVA NETTO. (grifos do original, ID 109335156)

A decisão que manteve a prisão preventiva encontra-se fundamentada e mostra-se razoável que seja mantida para a garantia da ordem pública, considerando as particularidades das graves condutas imputadas ao paciente e a natureza de seu cargo público, Policial Rodoviário Federal, usado, em tese, para a prática de crimes dentro de uma organização criminosa.

Não se constata, ademais, a alegada similitude entre as condutas e as circunstâncias pessoais do paciente e de Alaércio, a justificar a extensão dos efeitos da revogação da prisão preventiva do codenunciado ao paciente.

A alegação de falta de provas da autoria delitiva requer o exame de provas, incabível em sede de *habeas corpus*. Não é possível, ademais, projetar no momento o regime de pena a ser imposto ao paciente em caso de condenação para que decida pela revogação da prisão preventiva.

Não há elementos, outrossim, para a apreciação de eventual excesso de prazo para o término da instrução criminal nem que justifiquem a substituição da segregação cautelar por medidas cautelares diversas da prisão.

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

Requistem-se as informações da autoridade coatora, solicitando cópia das principais peças dos autos.

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

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.

HABEAS CORPUS (307) Nº 5033185-55.2019.4.03.0000

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

PACIENTE: ALEXANDRA MARCOULAKIS FRANCO DO AMARAL

IMPETRANTE: REINALDO AMARAL DE ANDRADE

Advogado do(a) PACIENTE: REINALDO AMARAL DE ANDRADE - SP95263-A

IMPETRADO: 1ª VARA CÍVEL FEDERAL DE SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos em plantão judicial.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Alexandra Marcoulakis Franco do Amaral contra decisão de fl. 2.435/2.435v. (ID n. 109450159, fl. 17), proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo (SP), nos Autos n. 0014546-15.2016.403.6100, Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de Menores, movida pela União.

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) a demanda visa impedir o cumprimento arbitrário de prisão civil;

- b) manteve união estável quando residia em Portugal com o Sr. Bruno Miguel de Paiva Machado, dessa união adveio o nascimento dos filhos André Marcoulakis Machado e Tiago Marcoulakis Machado, contando atualmente com 8 (oito) e 6 (seis) anos de idade;
- c) **“após lhe ter sido deferida a guarda dos filhos, veio ao Brasil em novembro de 2.015 com autorização de viagem**, a fim de participar de uma audiência presencial relativa a processo que contende com Fábio Braga de Borthole, pai de seu outro filho Felipe”;
- d) “o pai de Felipe não deu mais permissão para que a paciente retornasse para Portugal com ele, o que impediu, também, seu retorno e dos filhos menores André e Tiago, que sempre permaneceram sob a guarda da mãe, desde o nascimento”;
- e) “Sr. Bruno acionou a Autoridade Central Portuguesa, sob a alegação de que a paciente teria deixado o país com os filhos de forma ilegal e referida Autoridade Central realizou pedido de Cooperação Internacional para fins de aplicação da Convenção de Haia”;
- f) “Mesmo diante de todas as provas inequívocas produzidas nos autos, de que **a permanência no Brasil é o que melhor atende aos primordiais interesses das crianças**, o DD. Juiz da 1ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo julgou procedente a demanda, para determinar a busca e apreensão das crianças **André Marcoulakis Machado e Tiago Marcoulakis Machado**, para serem entregues à Autoridade Central brasileira e, ato contínuo à Autoridade Central portuguesa, para restituição ao território de Portugal”;
- g) “como na sentença não houve deferimento da tutela antecipada, **AAPELAÇÃO INTERPOSTA PELA PACIENTE NA DATA DE ONTEM DEVERÁ SER RECEBIDA NO DUPLO EFEITO, OU SEJA, INCLUSIVE O EFEITO SUSPENSIVO**”;
- h) “às vésperas da prolação da sentença foram deferidas visitas do genitor aos filhos, no período compreendido entre 13 de dezembro à 19 de dezembro do corrente, entretanto, **SEM DETERMINAR A RETENÇÃO DO PASSAPORTE DO PAI, COMO NAS OCASIÕES ANTERIORES**, sob o fundamento de que tal retenção feriria o direito de ir e vir do Sr. Bruno, **embora o passaporte da paciente e todos os documentos das crianças (inclusive passaportes) permanecem retidos em Cartório por determinação do próprio Juízo**”;
- i) **“após a prolação da sentença, portanto, sem qualquer recurso que agasalhe sua pretensão, a decisão objeto do presente mandamus, determinando a busca e apreensão das crianças, com determinação para que prendam a paciente em flagrante, se localizada, já que ela teria descumprido a decisão judicial de visitas, MESMO ELA NÃO TENHA SIDO INTIMADA PESSOALMENTE DA DETERMINAÇÃO** (vide fls. 2435/verso dos autos principais)”;
- j) “Consoante se infere dos autos e da decisão de fls. 2.435 ora atacada, o MM. Juízo da Primeira Vara CÍVEL Federal da Subseção São Paulo/SP ARBITRARIAMENTE decretou a prisão da Paciente por “flagrante descumprimento à ordem judicial”;
- k) “faz-se necessária a concessão da liminar a fim de garantir ao Paciente a sua liberdade de locomoção, com expedição *incontinenti* de contramandado de prisão” (ID n.).

Decido.

Conforme se infere dos autos, a paciente está em conflito com o genitor de crianças relativamente às quais o MM. Juízo *a quo* editou provimento para que pudessem ser visitadas pelo genitor. A decisão de fl. 2.435v, proferida no dia 16 do corrente mês, com vistas à conferir efetividade àquele provimento, em sua letra “d”, estabeleceu que “os agentes do Estado que localizarem a requerida devem efetivar sua prisão em flagrante por desobediência à ordem judicial”.

Considero estarem reunidos os requisitos para a concessão de liminar, em sede de Plantão Judiciário, para revogar essa disposição.

Sem ingressar na lide entre as partes, que de todo modo foi objeto de sentença com cognição plena e exauriente insuscetível de ser sindicada nesta sede, o fato é que a prisão é medida extrema que não se acomoda facilmente no âmbito dos conflitos de caráter cível. Com efeito, pode-se dizer que, a rigor, não teria sido propriamente “decretada” a prisão da paciente, mas apenas determinado que fosse presa em “flagrante” pelo crime de desobediência. A tipificação deste, por vezes, depende da inexistência de sanção de caráter não-penal: o crime tem, de certo modo, caráter subsidiário. A tipificação da desobediência à ordem judicial tem um caráter problemático, caso se suponha ser a própria lide uma pretensão resistida.

Cumprе ressaltar, porém, que não se está a deferir um “salvo-conduto”. Pois nada impede que a paciente venha a incidir em algum tipo penal, a depender de sua conduta. Trata-se, aqui, apenas de excluir a letra “d” da decisão impugnada, que, no mais, fica mantida.

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido liminar para excluir a letra “d” da decisão de fl. 2.435v. proferida em 16.12.19.

Int.

São Paulo, 20 de dezembro de 2019.